

**ART. 41, C. 14 DEL D.LGS. 36/2023:
LO SCORPORO DELLA MANODOPERA E LA CONFUSIONE CHE REGNA SOVRANA.
LA TUTELA DEI LAVORATORI DIETRO LO SCUDO DI UN SOFISMA.**

1. Introduzione

Come drammaticamente noto, l'art. 41 comma 14 del d.lgs. 36/2023 che, come rammentato dal Consiglio di Stato opera una netta "inversione di rotta" rispetto al d.lgs. 50/2016¹, dispone: *"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 scorporati 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"*.

Si è già avuto modo di leggere della stravaganza e, a livello sistematico, della "confusione" che sul punto avvince il nuovo Codice dei contratti (cfr. https://www.bosettiegatti.eu/novita/2023_nuovo_codice_ancora_sui_ribassi.pdf).

Ci si limiterà qui, pragmaticamente, ad un tentativo volto alla corretta interpretazione del prefato art. 41, obiettivo, ad oggi, pare sommessamente a chi scrive, dai più (invero pochi coraggiosi) mancato o insufficientemente argomentato.

2. A volte ritornano: gli antefatti storici

"Tutto ciò che l'uomo ha imparato dalla storia, è che dalla storia l'uomo non ha imparato niente", diceva qualcuno...

L'art. 82 c. 3-bis (ed ancor prima l'art. 81 c. 3-bis) dell'abrogato d.lgs. 163/2006², prevedeva che *"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 misure di adempimento alle disposizioni in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro"*.

L'AVCP intervenne prontamente, criticando duramente la norma, e segnalando al Governo ed al Parlamento³ che *"il costo complessivo del personale, per ciascun concorrente, è da ritenere che si determini in base alla reale capacità organizzativa d'impresa che è funzione della libera iniziativa economica ed imprenditoriale (art. 41 Cost.) e come tale non può essere in alcun modo compressa mediante predeterminazioni operate ex ante"*.

La norma fu puntualmente analizzata anche dall'ITACA, che definì (proprio come la si può definire oggi) la situazione come "emergenziale", evidenziando come la norma avesse carattere fortemente innovativo, in quanto la disciplina *"non limita più l'azione ad un mero controllo di congruità formulato sulla base di valutazioni parametriche e decontestualizzate, ma richiede che il costo del lavoro sia valutato puntualmente in quanto "costo puro ed incompressibile" ritenendo per l'effetto che "In ragione di un'interpretazione strettamente letterale della norma, il legislatore **parrebbe** aver voluto che il costo del personale venga **scorporato** dall'importo a base di gara"*.

¹ Per mero dovere di cronaca si evidenzia che, già nella vigenza del d.lgs. 50/2016, rilevava la disposizione di cui all'art. 1 comma 243 sottocomma 10 L. 232/2016, secondo cui per gli *"affidamenti di servizi a operatori di call center l'offerta migliore è determinata **al netto delle spese relative al costo del personale**, determinato ai sensi dell'art. 23 comma 16 del decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50, ovvero sulla base di accordi con le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative"*.

² Introdotto dal D.L. 21 giugno 2013, n.69, convertito dalla L. 9 agosto 2013, n. 98 (si veda altresì l'analogo art. 81, comma 3-bis del d.lgs. 163/2006, introdotto dal D.L. 13 maggio 2011, n. 70, convertito dalla L. 12 luglio 2011, n. 106, abrogato con D.L. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito dalla L. 22 dicembre 2011, n. 214, sebbene con talune differenze in punto di ambito oggettivo di applicazione).

³ Atto di segnalazione n. 2, del 19 marzo 2014.

La giurisprudenza (cfr. tra le tante T.A.R. Veneto, I, 23 giugno 2015, n. 704), ebbe presto l'occasione di confrontarsi con l'interpretazione della norma, e giunse alla conclusione che la *"formulazione dell'articolo in esame (...) è in effetti suscettibile di due diverse interpretazioni"*.

Secondo una lettura testuale⁴, la valutazione del prezzo più basso andava *"effettuata sull'offerta una volta detratti i costi del personale"*.

Secondo una lettura sistematica, la norma doveva *"considerarsi meramente impositiva dell'obbligo, per le stazioni appaltanti, di accertare la congruità delle offerte sulla base della verifica della compatibilità delle scelte organizzative effettuate dal concorrente con la normativa concernente i minimi salariali contrattuali della manodopera"*.

Secondo questo secondo filone, che prevalse in giurisprudenza, l'inciso *"al netto delle spese relative al costo del personale, ove interpretato in senso letterale, e cioè come espressivo della necessità di valutare il prezzo offerto dai concorrenti scorporando il costo del personale dal resto delle voci indicate in offerta, produce, a seconda dei casi, o effetti distorsivi sulle gare d'appalto, oppure un'indebita compressione dell'autonomia imprenditoriale dei concorrenti da parte dell'amministrazione appaltante"* (cfr. *amplius* T.A.R. Piemonte, I, 6 febbraio 2015, n. 251).

Anche il Giudice d'appello⁵ (cfr. Cons. Stato, V, 12 gennaio 2015, n. 32), convenendo con le argomentazioni spese dall'AVCP nel documento *"Prime indicazioni: tassatività delle clausole di esclusione e costo del lavoro"*, ritenne che detta seconda interpretazione *"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 (...) " **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"*.

Si badi bene al riferimento ad **un'organizzazione imprenditoriale più efficiente**, antesignano dell'attuale formulazione dell'art. 41, c. 14, II° periodo, che giustappunto si riferisce ad **una più efficiente organizzazione aziendale"**.

A pensar male si fa peccato: non è che quest'ultimo inciso inserito nella norma, letto alla luce della pregressa giurisprudenza, costituisca una "raffinatezza" volta ad aggirare con eleganza la chiara disposizione della legge delega⁶?

Ciò che è certo è che, in prima istanza, detta "raffinatezza" ha ricreato le condizioni per il riproporsi anche nel nuovo Codice della *querelle* di cui s'è detto: interpretazione letterale o interpretazione sistematica?

⁴ Si veda ad esempio T.A.R. Basilicata, I, 20 novembre 2014, n. 791 secondo cui *"alla luce della lettera della norma, l'amministrazione sembra avere inteso, col bando e la successiva lettera di invito, aver scelto la strada della non ribassabilità dei costi del personale previa individuazione ex ante, nel bando di gara, del "quantum", di detto costo, (...). Lamenta la ricorrente che, in questo modo, dedotti il costo del personale e i costi della sicurezza, nell'ambito della base d'asta di euro 1.918.035,60, la quota di prezzo sottratta alla non ribassabilità sia stata limitata ad euro 253.305,18. Tale circostanza però, ad avviso del collegio, **rappresenta una conseguenza naturale e condivisibile dell'applicazione d'una norma preordinata a tutelare appunto la pienezza dei diritti retributivi e contributivi dei lavoratori** e che pone evidentemente tale finalità su un piano sovraordinato rispetto ad altre pur importanti esigenze proprie degli appalti pubblici"*.

⁵ Invero in maniera non univoca: cfr. Cons. Stato, V, 07 luglio 2015, n. 3373, secondo cui *"E' evidente che la norma (comma 3 bis dell'articolo 81 del d. lgs. n. 163 del 2006) ha voluto introdurre un nuovo modo di considerare e valutare l'offerta economica attraverso la sua scomposizione in elementi omogenei: costo del personale da una parte e utile e spese generali dall'altra. Necessario corollario è che, se la stazione appaltante non può selezionare la migliore offerta in base alla verifica dei minimi salariali inderogabili, **non può che determinare l'offerta depurando il prezzo del costo del personale al fine di poter verificare il prezzo migliore sulla restante parte"**.*

⁶ Cfr. art. 1, c. 2 lett. t) L. 21 giugno 2022 n. 78 (Delega al Governo in materia di contratti pubblici).

3. Il bando tipo ANAC

L'ANAC, con il bando tipo n. 1 e con la relativa illustrativa, ha "creativamente" inteso inserire una (presunta) facilitazione: *"Al fine di facilitare le operazioni di valutazione della componente economica dell'offerta, è stato ritenuto più agevole applicare il ribasso ad un importo totale comprensivo dei costi di manodopera ribadendo che questi ultimi non sono soggetti a ribasso. Eventuali riduzioni del costo della manodopera proposto dall'operatore nell'offerta saranno, poi, oggetto di verifica"*.

Ora:

- se l'ANAC ribadisce in più punti che i costi della manodopera non sono soggetti a ribasso, quale è mai la logica ragione per cui li inserisce nell'importo da assoggettare al ribasso?
- Come detto artificio può agevolare la valutazione della componente economica, quando il Codice parla espressamente del ben più agevole scorporo?
- Se l'art. 41 si riferisce, indistintamente, tanto ai costi per la sicurezza, quanto ai costi per la manodopera, perché mai il bando tipo scorpora dall'importo assoggettato a ribasso i primi, ma non i secondi? Una mezza facilitazione?
- Nel silenzio del bando tipo, cosa succede se l'entità del ribasso, per la sua consistenza e per la specificità dell'appalto (i.e. altissima intensità manodopera), siccome riferito ad importo soggetto a ribasso comprensivo della manodopera, determini in concreto un effettivo ribasso anche sui costi della manodopera che al ribasso non sono assoggettati? Per meglio intenderci, in un ipotetico appalto da 1000 euro, di cui 900 relativi alla manodopera, cosa succede se l'offerente offre più del 10% di ribasso, così intaccando i 900 di manodopera espressamente qualificati dal bando tipo come non soggetti a ribasso?

Si badi bene, giacché la terminologia è rilevante: ANAC parla da un lato di **ribasso** in relazione all'importo complessivo; dall'altro parla (non di ribasso ma) di **riduzioni** del costo della manodopera.

Ma detta riduzione, e qui s'annida il nocciolo della questione (i.e. confusione):

- è da intendersi riferita all'"importo complessivo" (che per ANAC comprende la manodopera), ed è quindi un ribasso vero e proprio? E, detto ribasso, può nel complesso intaccare direttamente anche la manodopera (i.e. ribasso che eccede l'importo ribassabile)?
- o è da intendersi riferita solo ed esclusivamente ai costi per la manodopera, per come indicati dall'offerente ai sensi dell'art. 108, c. 9 del Codice⁷, che del tutto legittimamente⁸ potrebbero essere inferiori rispetto a quelli stimati e scorporati dalla stazione appaltante, ed allora è una mera riduzione?

L'ANAC, storicamente fermamente contraria a norme di tal fatta che escludono la ribassabilità della manodopera (in tali termini T.A.R. Sicilia, Palermo, III 23 maggio 2017, n. 1370), non risponde.

L'Authority ha infatti redatto un bando tipo da un lato palesemente ambiguo, che non esclude del tutto un possibile sodalizio con l'interpretazione sistematica; dall'altro oltremodo timido, giacché non ha il coraggio di stringere espressamente un siffatto sodalizio, o comunque di prendere una posizione univoca sulla diretta ribassabilità della manodopera; così contribuendo a generare una forte confusione tra gli operatori del settore, oggi davvero in difficoltà nella redazione dello specifico punto del bando di gara.

⁷ "Nell'offerta economica l'operatore indica, a pena di esclusione, i costi della manodopera e gli oneri aziendali per l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro eccetto che nelle forniture senza posa in opera e nei servizi di natura intellettuale".

⁸ Se non fossero ridicibili, perché mai gli offerenti, ai sensi dell'art. 108, c. 9, dovrebbero indicare i costi della manodopera? La norma non avrebbe alcun significato logico. Si vedano altresì gli artt. 41, c. 14, II° periodo e 110, commi 4, lett. a) e 5 lett. d) del Codice che depongono nel medesimo senso.

4. La posizione del MIT

Il Servizio Supporto Giuridico del MIT, con parere n. 2154 del 19/07/2023, ha espresso la propria posizione in relazione ai seguenti quesiti:

“1) se l'offerta economica, ai fini della sua valutazione e della graduatoria di gara, debba essere costituita solamente dal ribasso operato sull'importo al netto del costo della manodopera (importo quest'ultimo che si legge deve essere scorporato dall'importo a base d'asta, e che per ciò si presuppone in linea teorica non assoggettato al ribasso);

2) se il costo della manodopera, laddove invece ribassato, ovvero indicato dall'operatore economico in misura inferiore all'importo indicato dalla stazione appaltante negli atti di gara, in virtù di una più efficiente organizzazione sindacale, debba considerarsi un importo che si aggiunge all'importo dell'offerta economica come sopra considerata ed oggetto solo di valutazione ai fini della congruità dell'offerta medesima”.

Il parere non è d'alcun aiuto, e non risponde ai quesiti posti nel paragrafo precedente del presente scritto, giacché, in ordine alle *“modalità con cui declinare operativamente tale nuovo dettato normativo”*, si limita del tutto acriticamente a richiamare il bando tipo Anac, ribadendone la vincolatività, e ritenendo conclusivamente che *“relativamente alla domanda n. 1 la risposta è negativa. Per la domanda n. 2 si precisa che l'importo non si aggiunge ma fa parte dell'offerta ed è soggetto verifica”*.

5. La posizione di ANCI

Ci si riferisce qui in particolare al Quaderno ANCI n. 43 (Le principali novità del nuovo Codice dei contratti).

Secondo gli autori, da una lettura del solo primo periodo dell'art. 41, c. 14, *“sembrerebbe che i costi della manodopera fossero nuovamente ritornati alla vecchia disposizione di non assoggettarli a ribasso”*. Tuttavia, leggendo la disposizione *“unitamente a quanto indicato nel secondo periodo; soprattutto, secondo quanto riportato all'art. 108 comma 9 e 110 comma 1, si evince che **tali costi sono soggetti a ribasso e rimane confermato il controllo di congruità** previsto all'art. 95 comma 10 del D. Lgs.50/2016”*.

L'ANCI, in buona sostanza, opera espressamente un'interpretazione *“sistematica”* del tutto analoga a quella formatasi in giurisprudenza in relazione alla normativa previgente (cfr. § 2), così addivenendo ad una sostanziale disapplicazione della norma che presuppone il divieto di assoggettare a ribasso la componente manodopera.

Pur condividendo gli effetti sostanzialmente abroganti di una norma illogica derivanti da una siffatta interpretazione, che non si esclude possa trovare radici in giurisprudenza, si ritiene che il processo ermeneutico per addivenire alla conclusione tratta non possa prestarsi ad adesione.

6. Sulla dubbia accessibilità ad un'interpretazione *“sistematica”*

Orbene, in disparte a talune similitudini tra la norma attuale e l'art. 82 del Codice De Lise, si ritiene che la giurisprudenza formatasi su quest'ultimo non possa illuminare la via per una corretta interpretazione della prima.

Se la disposizione secondo cui *“il prezzo più basso è determinato **al netto delle spese relative al costo del personale**”*, spese peraltro espressamente riferibili ai soli minimi salariali e non già *tout court* alla manodopera come previsto nel nuovo Codice, in un contesto normativo in cui non era peraltro richiesto un onere in capo alle stazioni appaltanti di stimare il costo del personale e di scorporarlo dall'importo soggetto a ribasso, aveva reso possibili due diverse possibili interpretazioni, la perentorietà e l'univocità della legge delega, che prevede *“in ogni caso che i costi della manodopera e della sicurezza siano **sempre scorporati dagli importi assoggettati a ribasso**”*, pare escludere che la *“raffinatezza”* firmata dal Consiglio di Stato (i.e. art. 41, c. 14, II°

periodo, cfr. § 2) possa “beneficiare” di un’interpretazione sistematica analoga a quella operata per la previgente norma, ove l’interpretazione medesima voglia spingersi nel “radicale” senso di consentire un ribasso diretto anche sulla componente manodopera, in insuperabile contrasto con la letteralità della norma.

Orbene, come chiarito dal Consiglio di Stato (n. 5665/2023), la disposizione secondo cui “*Resta ferma la possibilità per l’operatore economico di dimostrare che il ribasso complessivo dell’importo deriva da una più efficiente organizzazione aziendale*”, è stata introdotta dal legislatore delegato al fine di armonizzare il prefato “*criterio di delega con l’art. 41 della Costituzione*” (i.e. la raffinatezza di cui si parlava nel paragrafo 2).

Il balletto degli articoli 41, verrebbe da dire.

Pare però difficilmente revocabile in dubbio che una siffatta armonizzazione all’art. 41 della Costituzione non possa spingersi sino all’abrogazione implicita del necessario scorporo (in ogni caso) dei costi della manodopera dall’importo assoggettato a ribasso, configurandosi nell’eventualità una più che verosimile violazione per altra via della Costituzione, ovvero per eccesso e/o difetto di delega ex art. 76.

Sotto questo profilo, infatti, la Corte costituzionale ha ripetutamente affermato:

- in primo luogo che la delegazione legislativa è “*sempre vincolante per l’organo delegato*”, e che essa assume “*nei confronti delle disposizioni che dovranno essere emanate in attuazione di tale facoltà, una funzione [...] preminente, con la quale non si può conciliare un esercizio in senso contrario alle norme contenute nella legge che la delega dispone*” (sentenza n. 34 del 1960),
- in secondo luogo che i “*principi stabiliti dal legislatore delegante costituiscono non solo il fondamento ed il limite delle norme delegate, ma anche un criterio interpretativo delle stesse, nel senso che esse vanno lette, fin tanto che ciò sia possibile, nel significato compatibile con i principi della delega*” (Tra le tante cfr. le sentenze nn. 418 del 1996, 15 del 1999, 425 del 2000, 96 del 2001, 213 del 2005, da ultima n. 166 del 2023).

Un siffatto problema di contrasto con la norma delegata, giova evidenziarlo, non si poneva in relazione alla previgente normativa di cui al d.lgs. 163/2006, la quale era stata sul punto modificata per mezzo di decreti-legge. Dal che si può ritrarre un rilevante indizio rispetto alla non trasferibilità dell’interpretazione sistematica di cui si è già avuto modo di dire alla nuova disciplina introdotta con il nuovo Codice dei contratti.

Sotto questo profilo non si dubita del costante insegnamento della Corte costituzionale secondo cui la determinazione dei principi e dei criteri direttivi non elimina ogni discrezionalità nell’esercizio della delega, dovendosi escludere «*che le funzioni del legislatore delegato siano limitate ad una mera scansione linguistica delle previsioni dettate dal delegante*», viceversa «*essendo consentito al primo di valutare le situazioni giuridiche da regolamentare e di effettuare le conseguenti scelte, nella fisiologica attività di riempimento che lega i due livelli normativi, rispettivamente della legge di delegazione e di quella delegata*” (sentenze n. 199 del 2003 e n. 308 del 2002), tenuto altresì conto che “*l’interprete è tenuto a scegliere, tra le varie interpretazioni in astratto possibili, quella che non si pone in contrasto con la Costituzione*” (Sentenza n. 418 del 1996).

Si ritiene cionondimeno che, nel caso di specie, detta discrezionalità fosse assai circoscritta e limitata alla luce del tenore letterale della legge delega (cfr. sentenza n. 56 del 1971), ed alla luce del generale principio per cui nell’ambito “*dei confini stabiliti dalla delega, è da riconoscere al legislatore delegato un potere di scelta fra le alternative ad esso offerte*” (sentenza n. 15 del 1999).

L’opzione di ammettere un ribasso diretto sulla manodopera non era un’alternativa offerta al legislatore delegato.

Del resto, *“il libero apprezzamento del legislatore delegato non può mai assurgere a principio od a criterio direttivo, in quanto agli antipodi di una legislazione vincolata, quale è, per definizione, la legislazione su delega”* (cfr., da ultimo, sentenza n. 230 del 2016).

L'integrale ribassabilità della manodopera si pone manifestamente agli antipodi della legge delega, che presuppone **in ogni caso** lo scorporo della manodopera dagli importi da assoggettare a ribasso.

In buona sostanza, il terzo periodo dell'art. 41, comma 14:

- ha legittimamente “completato”, “riempito” e “sviluppato” il criterio di delega, armonizzandolo alla Costituzione, e consentendo agli operatori economici di giustificare il ribasso complessivo (sulla sola parte soggetto a ribasso) grazie ad una più efficiente organizzazione aziendale;
- non può essere letto come legittimazione ad un ribasso **diretto** dei costi non assoggettati a ribasso, in quanto evenienza che con tutta evidenza si porrebbe *“agli antipodi di una legislazione vincolata”*.

Infine, un ulteriore argomento cui s'è già fatto cenno depotenzia gli assunti sottesi all'interpretazione sistematica.

Il riferimento è al secondo periodo dell'art. 41 c. 14, secondo cui *“i costi della **manodopera** e della **sicurezza** sono scorporati dall'importo assoggettato al ribasso”*.

Nessuno si è ad oggi premurato in relazione a detto inciso di spiegare perché mai debba operarsi un diverso trattamento tra i primi ed i secondi costi, quando il terzo periodo della norma (i.e. l'efficiente organizzazione aziendale) si riferisce indistintamente ad ambedue le tipologie di costo. D'altronde, per decenni e quantomeno dalla legge Merloni, nessuno ha mai dubitato della ragionevolezza o della legittimità della previsione, reiterata nei vari Codici che ad oggi si sono susseguiti, che sanciva il divieto di operare un ribasso sui costi della sicurezza, previsione infatti reiterata anche nel nuovo bando tipo ANAC.

Ciò doverosamente chiosato, e chiarito che i principi espressi nella legge delega costituiscono un criterio interpretativo delle norme delegate, si ritiene che nemmeno gli ulteriori argomenti spesi da ANCI al fine di sorreggere una possibile interpretazione sistematica della norma siano dirimenti, giacché gli invocati artt. 108 comma 9 e 110 comma 1 sono estranei alla specifica questione, e peraltro neutrali ai fini di accertare la ribassabilità o meno dei costi della manodopera.

Dell'art. 108 c. 9 si è già avuto modo di dire. Esso sancisce l'obbligatorietà dell'indicazione dei costi della manodopera propri dell'offerente, e detta norma è stata mantenuta proprio per dare senso compiuto all'art. 41 del Codice: consentire agli operatori economici di indicare un costo della manodopera inferiore rispetto a quello stimato dalla stazione appaltante (che è cosa ben diversa della loro ribassabilità ai fini contrattuali, ovvero per il corrispettivo contrattuale), in omaggio proprio al famoso secondo periodo invocato dall'ANCI a sostegno della propria tesi, e per consentire quindi loro di dimostrare che il ribasso complessivo dell'importo deriva da una più efficiente organizzazione aziendale. L'indicazione di un minor costo della manodopera ai sensi dell'art. 108, in altri termini, non incide in alcun modo sulla (non) ribassabilità (a fini contrattuali) di detti costi, e certamente non la implica.

L'art. 110 comma 1 si riferisce invece alla verifica dell'anomalia dell'offerta, ed alla facoltà delle stazioni appaltanti di valutare la congruità, tra l'altro, dei costi della manodopera dichiarati ai sensi dell'articolo 108, c. 9.

Anche in questo caso non appaiono illuminanti le conclusioni della giurisprudenza formatasi sull'analoga norma prevista nel d.lgs. 163/2006 cui pare ispirarsi la tesi di ANCI, secondo cui una *“organizzazione imprenditoriale più efficiente”* poteva giustificare un ribasso che coinvolgesse la manodopera, nei limiti del rispetto dell'art. *“87, comma 3 del Codice, **non modificato; di conseguenza**”* (cfr. Cons. Stato, V, 12 gennaio 2015, n. 32).

Il sillogismo sotteso alla pronuncia era il seguente:

- la norma (i.e. art. 82, c. 3-bis) prevedeva che l'offerta migliore fosse determinata al "*netto delle spese relative al costo del personale*";
- l'art. 87, comma 3 prevedeva l'esclusione esclusivamente in caso di mancato rispetto dei minimi salariali;
- il ribasso offerto poteva essere giustificato da un'organizzazione imprenditoriale più efficiente, purché fossero rispettati i minimi salariali.

In buona sostanza la giurisprudenza ha ritenuto che l'art. 87, c. 3 del Codice De Lise (non modificato contestualmente all'introduzione dell'art. 82, c. 3-bis) non avrebbe avuto alcun senso di esistere allorquando si fosse ritenuto che la manodopera non era in alcun modo da tenere in considerazione ai fini dell'aggiudicazione.

L'art. 110, c. 4 del vigente Codice (in cui è trasfuso l'art. 87, comma 3 del Codice De Lise), letto alla luce del primo comma della medesima norma e dell'art. 14, c. 14, ultimo periodo, evidenzia la fallacia del medesimo sillogismo se applicato al nuovo Codice dei contratti.

La verifica sul rispetto dei minimi salariali ha infatti pieno senso compiuto, ed è perfettamente lineare in logica sistematica, giacché necessaria soprattutto e giustappunto nell'evenienza in cui l'offerente, ai sensi dell'art. 108 c. 9 (cfr. art. 110, c. 1), indichi, lo si ribadisce del tutto legittimamente nel nuovo Codice, un costo della manodopera inferiore rispetto a quello stimato dalla stazione appaltante (**ridotto, non ribassato**).

Il Codice De Lise, al contrario:

- non presupponeva la stima dei costi della manodopera a cura della stazione appaltante;
- non presupponeva l'obbligo di scorporo dei costi della manodopera dall'importo da assoggettare a ribasso, prevista esclusivamente per i costi per la sicurezza;
- presupponeva viceversa l'obbligo di determinare il prezzo più basso "*al netto delle spese relative al costo del personale*", da valutarsi peraltro non sul costo complessivo della manodopera ma solo ed esclusivamente "*sulla base dei minimi salariali*".
- non prevedeva una norma analoga a quella prevista dall'art. 41, c. 14, terzo periodo del nuovo Codice, che legittimasse una compressione dei costi della manodopera.

Il che costituisce ulteriore argomento per ripudiare una possibile reviviscenza dell'interpretazione sistematica operata in relazione vecchio Codice, stante la presenza di due corpora normativi "sistematicamente" null'affatto sovrapponibili.

7. Sulla nozione di "ribasso complessivo dell'importo"

Occorre fare un passo indietro, e attribuire al legislatore delegato un censurabile difetto di *clare loqui* in relazione alla possibilità riconosciuta all'operatore economico di dimostrare che il **ribasso complessivo dell'importo** deriva da una più efficiente organizzazione aziendale.

Cosa si deve intendere mai per "*ribasso complessivo dell'importo*", cui la norma alligna la possibile dimostrazione di una "*più efficiente organizzazione aziendale*"?

L'ANCI non ha dubbi: si tratta dell'importo a base di gara, comprensivo dei costi della manodopera.

L'ANAC è sibillina (o anti-wittgensteiniana): dapprima ricomprende la manodopera nell'importo totale, ma poi ribadisce che la manodopera non è soggetta a ribasso, e continua poi sostenendo che eventuali riduzioni del costo della manodopera proposto dall'operatore economico nell'offerta saranno oggetto di verifica, senza ulteriori specificazioni o limitazioni.

Il risultato è un garbuglio, e non si comprende appieno se l'ANAC, in ultima istanza, ammetta o meno il ribasso sulla manodopera nei termini suggeriti dall'ANCI. Il parere del MIT non aiuta a risolvere il garbuglio.

La risposta pare comunque negativa, giacché il bando tipo ammette una riduzione dei costi della manodopera, mentre espressamente ne inibisce ripetutamente il ribasso.

Ma il dubbio rimane: ANAC non si premura infatti di chiarire quali siano le conseguenze (i.e. necessaria esclusione?) correlabili ad un ribasso che ecceda la parte di importo soggetta a ribasso (i.e. importo al netto della manodopera, siccome non soggetta a ribasso).

Sotto questo profilo, poiché il bando tipo ribadisce più volte che i costi della manodopera non sono ribassabili, e poiché il bando tipo ingloba nell'importo su cui effettuare il ribasso i costi della manodopera, il bando tipo medesimo, per garantire il dogma della non ribassabilità di questi ultimi, avrebbe allora necessariamente dovuto imporre un ribasso massimo presentabile in sede di gara (giustappunto in una misura tale per cui non venga intaccato il costo della manodopera).

Il bando è però silente sul punto, carenza dalla quale si possono trarre due conclusioni alternative:

- ANAC ammette un ribasso **diretto** anche sulla componente manodopera (i.e. interpretazione sistematica), ed allora la facilitazione del bando tipo avrebbe senso, se non fosse per l'aperta contraddizione con le ulteriori disposizioni del bando tipo (e con la legge stessa) che prevedono espressamente la non ribassabilità di detta componente.
- ANAC non ammette un ribasso **diretto** anche sulla componente manodopera (i.e. interpretazione letterale), ed allora s'acclara il nonsense della presunta facilitazione (i.e. applicazione del ribasso ad un importo totale comprensivo dei costi di manodopera), che rappresenta con tutta evidenza una inutile complicazione, frutto della contraddizione di cui si è già avuto modo di dire (i.e. inglobare nell'importo soggetto a ribasso una componente che a ribasso non è espressamente assoggettata).

Nel medesimo corto circuito concettuale pare svilupparsi l'argomentazione di L. Oliveri (Ribassi e costo della manodopera: occorre il salario minimo legale per uscire dalle contraddizioni e confusioni del codice degli appalti), nella misura in cui ritiene che *“il costo della manodopera è una componente (un “di cui”) dell'importo a base di gara; l'operatore economico è lasciato libero di comprendere nel ribasso anche il costo della manodopera, purché lo evidenzi e sia poi in grado di spiegare come giunga legittimamente a coinvolgere anche il costo nella manodopera nel ribasso complessivo”*.

Se il costo della manodopera non è soggetto a ribasso, pare giocoforza non poter essere un “di cui” dell'importo a base di gara da assoggettare al ribasso, o comunque pare poterlo essere solo in maniera “fittizia” (o, meglio, riflessa): l'importo sotteso al ribasso giammai potrà essere maggiore rispetto a quello ribassabile (i.e. al netto della manodopera), assunto sul quale l'autore, al pari del bando tipo, non si espone o interroga, anche in ragione del fatto che l'esempio pratico che riporta non presuppone detta problematica.

Viceversa, la previsione che la manodopera sia un “di cui” dell'importo a base di gara, esattamente come previsto nel bando tipo, espone ineluttabilmente al rischio del verificarsi di una siffatta evenienza (i.e. ribasso che eccede l'importo ribassabile al netto della manodopera), che necessariamente deve essere affrontata e regolamentata.

L'autore, per le ragioni che nel prosieguo meglio saranno esplicitate, ha correttamente intuito che il ribasso complessivo “coinvolge” la manodopera. Ma detto coinvolgimento pare dover essere raggiunto per altra via, senza che possa essere formalmente accordata agli operatori economici la possibilità di effettuare un ribasso direttamente sulla componente manodopera, giacché in ogni caso scorporata dagli importi da assoggettare a ribasso.

Occorre venirne a capo, e tornare a concentrarsi su cosa mai intendesse il legislatore delegato con “ribasso complessivo dell'importo”.

Ebbene, escluse le interpretazioni surriferite, si ritiene che:

- l'importo cui si riferisce il ribasso complessivo pare non poter essere che quello posto a base di gara, **al lordo** delle componenti scorporate dal ribasso (cfr. c. 14, primo periodo dell'art. 41);
- il ribasso complessivo pare non potersi che riferire alla somma tra i costi della manodopera (non ribassabili) e l'importo ribassabile epurato dal ribasso offerto, ribasso che si riferisce solo ed esclusivamente a detto importo.

Solo in tal modo si struttura una correlazione logica tra il "ribasso complessivo dell'importo", che coincide (in valore assoluto) con il prezzo di aggiudicazione che rileverà in fase esecutiva, da confrontarsi questo con il prezzo lordo a base di gara (cfr. ancora l'art. 41, c. 14, che ingloba nella base di gara anche i costi della manodopera, dipoi da scorporarsi però dall'importo da assoggettare a ribasso).

L'offerente potrà certamente imputare parte del ribasso offerto alla manodopera, e quindi ridurre il correlativo importo stimato dalla stazione appaltante, ma solo nell'ambito della dichiarazione che renderà ai sensi dell'art. 108, c. 9 del Codice, ed al solo fine di giustificare il ribasso offerto (sulla componente ribassabile).

Ciò non significa però che i costi della manodopera siano direttamente ribassabili.

Del resto, diversamente opinando, la disposizione relativa allo scorporo della manodopera ed alla sua non ribassabilità sarebbe *inutiliter* data (i.e. implicitamente abrogata), in chiaro contrasto con il principio scolpito nella legge delega, ed in termini generali con il criterio ermeneutico per cui *magis ut valeat quam ut pereat* e, dunque, che nel dubbio, l'interpretazione di una proposizione normativa deve operarsi nel senso in cui essa assuma una sua propria significanza ed efficacia, piuttosto che in quello che la deprivi del tutto di efficacia.

A fortiori alla luce di una legge delega che, faro interpretativo della norma delegata, **non contiene** alcuna ambiguità o diverse possibilità interpretative.

Lo si ribadisce in termini più netti: l'interpretazione sistematica tradisce un'evidente aporia, ovvero che "il ribasso complessivo dell'importo" sia nozione tale da legittimare un ribasso diretto dei costi della manodopera, sebbene questi ultimi, a tenore del periodo immediatamente precedente della disposizione e della legge delega, devono "in ogni caso" essere "scorporati dagli importi assoggettati a ribasso".

8. Sulla nozione di "più efficiente organizzazione aziendale"

Occorre a questo punto indagare il significato sotteso alla possibilità dell'offerente di dimostrare che il ribasso complessivo dell'importo, correttamente perimetrato nei termini anzidetti, derivi da una più efficiente organizzazione aziendale.

In via preliminare, sulla base della (condivisibile o meno) ricostruzione operata, si possono fissare due assunti:

- ai fini dell'aggiudicazione rileva solo e soltanto l'importo soggetto a ribasso (netto manodopera), e quindi la percentuale di ribasso ad esso riferita;
- ai fini contrattuali (i.e. corrispettivo dell'appalto) rileva la somma tra il costo della manodopera stimato dalla stazione appaltante e non assoggettato a ribasso e l'importo ribassabile epurato dal ribasso offerto.

Quest'ultimo "importo complessivo", ed il concetto è assai importante, rileverà altresì ai fini della verifica dell'anomalia dell'offerta.

L'offerente, come già rammentato, è certamente legittimato ad indicare un costo della manodopera inferiore rispetto a quello stimato dalla stazione appaltante e scorporato dall'importo da assoggettare al ribasso.

Ed è proprio grazie a questo "gap d'efficienza" (i.e. la celeberrima efficiente organizzazione aziendale di cui all'art. 41) che l'offerente medesimo potrà giustificare la parte di importo

ribassabile (netto manodopera) "aggredito" in maggior misura (in ragione dell'impossibilità di "aggredire" direttamente i costi per la manodopera), proprio in funzione della compensazione che si aspetta di poter attuare grazie al minor costo della manodopera che ritiene in concreto di dover sopportare.

Torniamo al nostro ipotetico appalto da 1000 euro, di cui 900 relativi alla manodopera.

L'importo assoggettato ribasso è pari a 100 euro, sul quale l'offerente offre un ribasso del 100%, indicando al contempo, ai sensi dell'art. 108 c. 9, un costo della manodopera pari a 850.

Il prezzo di aggiudicazione è pari quindi ad € 900, che formalmente non intacca e non ribassa la manodopera.

In fase di giustificazioni l'offerente dovrà giustificare solo 50 euro in relazione all'importo assoggettato a ribasso, e dovrà dipoi giustificare gli ulteriori 50 euro che costituiscono il "gap d'efficienza" di cui s'è detto, ovvero la riduzione del costo della manodopera rispetto alla stima operata dalla stazione appaltante.

9. Conclusione

Formalmente, in adesione ad un'interpretazione letterale, si ritiene che non sia possibile **ribassare** direttamente l'importo relativo alla manodopera, in quanto scorporato dall'importo da assoggettare a ribasso.

Sostanzialmente, epperò, si ritiene possibile "in via riflessa" **ridurre** il costo della manodopera, indicandolo in minor misura ai sensi dell'art. 108, per indiretto effetto del maggior ribasso offerto sull'importo ribassabile, **ma solo e soltanto entro i limiti di capienza di quest'ultimo**.

Resta poi fermo l'onere in capo all'offerente di dimostrare il rispetto di quanto previsto dall'art. 110, commi 4, lett. a) e 5 lett. d) del Codice, e quindi la congruità dei costi della manodopera indicati in difetto rispetto alle stime della stazione appaltante, dimostrando così la sua più efficiente organizzazione aziendale ex art. 41.

10. Riflessione critica

Siffatta conclusione, pur prestandosi a condivisibili critiche, è l'unica che risponde al tenore letterale della norma, e che risponde alla irrefutabile *voluntas legis* di sottrarre dal ribasso i costi per la manodopera, alla cui espunzione dall'ordinamento non può provvedere una "raffinatezza" del legislatore delegato.

Pare infatti evidente che una tale metodologia potrebbe in astratto limitare l'iniziativa economica degli offerenti, giacché la loro "efficienza aziendale" ben potrebbe in termini economici essere superiore rispetto alla capienza dell'importo ribassabile di cui s'è detto. In altri termini, sebbene l'offerente ben potrebbe essere nelle condizioni tecniche ed economiche per formulare un ribasso superiore al 100% dell'importo ribassabile (netto manodopera), ciò non gli sarebbe in concreto consentito.

Ma di un problema di tal fatta sarà eventualmente investito il Giudice delle leggi (o di Lussemburgo); giammai il funzionario che s'accinge a predisporre un bando di gara in stretta aderenza all'univoco tenore letterale della normativa primaria.

L'assunto, sia perdonato il puntiglio, necessità di una precisazione.

Non ignora chi scrive che la giurisprudenza, in relazione alla previgente normativa (i.e. all'art. 81, comma 3-bis, d.lgs. n. 163 del 2006), ha già avuto modo di evidenziare che la stessa presentava profili di "contrasto palese" con la direttiva 2004/18/CE, *ratione temporis* vigente⁹.

⁹ La norma, "nella parte in cui implica l'esclusione in via automatica di un'offerta a causa del superamento del costo della manodopera come stimato dalla stazione appaltante, senza possibilità che il singolo operatore economico giustifichi in concreto le ragioni dello scostamento, è da ritenere in contrasto con i diritto comunitario e deve conseguentemente essere disapplicata dal giudice nazionale".

Come noto, la giurisprudenza amministrativa ha sotto questo profilo ribadito il principio secondo cui le norme euro-unitarie, essendo di rango superiore a quelle dell'ordinamento interno, vadano applicate non solo dal giudice nazionale, ma anche dagli apparati amministrativi.

Quella stessa giurisprudenza ha altresì precisato che *“tale meccanismo si traduce in un potere-dovere da parte anche dei funzionari amministrativi di disapplicare le norme nazionali in contrasto con il diritto euro-unitario, soprattutto se tale conflitto è stabilito da una fonte univoca che rechi disposizioni “chiare, precise ed incondizionate”*; **in tal caso, la disapplicazione è un obbligo per lo Stato membro in tutte le sue articolazioni e, quindi, anche per gli apparati amministrativi che, attraverso i suoi funzionari, siano chiamati ad applicare la norma interna contrastante con il diritto euro – unitario (cfr, per tutte, CGUE, 22 giugno 1989, C-103/88 e 24 maggio 2012, C-97/11; Corte Costituzionale, sentenza 21 aprile 1989 n. 232; Cons. Stato, VI, 23 maggio 2006 n. 3072; VI, 7874/2019; V, 5 marzo 2018, n. 1342 e, da ultimo, Cons. Stato, Ad Plenaria, n. 17 e 18/2021)**” (T.A.R. Lazio, I Ter, 30 dicembre 2022, n. 17925).

Orbene, non può dubitarsi che la direttiva 2014/24/UE, in rapporto alla previgente direttiva del 2004, rafforzi significativamente il sistema di tutele previste -tra l'altro- alle condizioni di lavoro (si vedano il considerando 37¹⁰, il considerando 101¹¹, l'art. 18, c. 3¹², l'art. 56, c. 1¹³, art. 57, e l'art. 69, c. 3¹⁴).

Nel particolare, il combinato disposto tra i prefati artt. 18, 57 e 69, nella misura in cui facoltizza gli Stati membri all'adozione di misure adeguate per garantire che gli operatori economici, nell'esecuzione di appalti pubblici, rispettino gli obblighi applicabili in materia di diritto del lavoro, e nella misura in cui ammette l'esclusione nel caso di violazione di detti obblighi, pare ridimensionare fortemente “il palese contrasto” ravvisato dal Giudice toscano in relazione alla precedente direttiva, che un siffatto sistema di norme non contemplava.

D'altro canto, altra giurisprudenza, sempre in relazione alla previgente normativa, aveva avuto modo di affermare che il divieto di ribassare la manodopera *“rappresenta una conseguenza naturale e condivisibile dell'applicazione d'una norma preordinata a tutelare appunto la pienezza dei diritti retributivi e contributivi dei lavoratori e che pone evidentemente tale finalità **su un piano sovraordinato rispetto ad altre pur importanti esigenze proprie degli appalti pubblici**”*¹⁵.

La statuizione muoveva perlopiù dall'analisi dell'art. 55 della direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004, ritenuta “esplicita nel prevedere, anche con riferimento al rispetto della normativa lavoristica, che la stazione appaltante richieda agli operatori economici partecipanti alla selezione giustificazioni in ordine all'ammontare delle offerte dagli stessi presentate e implica quindi la illegittimità comunitaria (...) laddove consente l'esclusione automatica delle offerte per superamento dei costi della manodopera unilateralmente fissati dalla stazione appaltante e la conseguente disapplicazione della norma interna in contrasto con quella comunitaria” (T.A.R. Toscana, I, 28 gennaio 2013, n. 133).

¹⁰ “In vista di un'adeguata integrazione dei requisiti in materia (...) di lavoro nelle procedure di appalto pubblico, è particolarmente importante che gli Stati membri e le amministrazioni aggiudicatrici adottino misure pertinenti per garantire il rispetto degli obblighi in materia di (...) lavoro”.

¹¹ “Le offerte che appaiono anormalmente basse rispetto ai lavori, alle forniture o ai servizi potrebbero basarsi su valutazioni o prassi errate dal punto di vista tecnico, economico o giuridico. Se l'offerente non è in grado di fornire una spiegazione sufficiente, l'amministrazione aggiudicatrice dovrebbe avere il diritto di respingere l'offerta. **Il rifiuto dovrebbe essere obbligatorio nei casi in cui l'amministrazione aggiudicatrice abbia stabilito che il prezzo o i costi anormalmente bassi proposti risultano da una non conformità con il diritto vincolante dell'Unione o con il diritto nazionale con esso compatibile nei settori della previdenza sociale, del diritto del lavoro, del diritto ambientale o nelle disposizioni internazionali di diritto del lavoro**”.

¹² “Gli Stati membri adottano misure adeguate per garantire che gli operatori economici, nell'esecuzione di appalti pubblici, rispettino gli obblighi applicabili in materia di diritto (...) del lavoro stabiliti dal diritto dell'Unione, dal diritto nazionale, da contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro elencate nell'allegato X”.

¹³ “L'amministrazione aggiudicatrice può decidere di non aggiudicare un appalto all'offerente che presenta l'offerta economicamente più vantaggiosa, se ha accertato che l'offerta non soddisfa gli obblighi applicabili di cui all'articolo 18, paragrafo 2”.

¹⁴ “L'amministrazione aggiudicatrice respinge l'offerta se ha accertato che l'offerta è anormalmente bassa in quanto non rispetta gli obblighi applicabili di cui all'articolo 18, paragrafo 2”.

¹⁵ T.A.R. Basilicata, I, 20 novembre 2014, n. 791.

Detto ragionamento è stato invero condiviso dal Consiglio di Stato (cfr. la relazione illustrativa al nuovo Codice) che, seppur in punto di imposizione da parte della stazione appaltante del CCNL da applicarsi in fase esecutiva -pure oggettivamente (e forse ancor più) limitativo della libertà di iniziativa economica e della concorrenza- ha tollerato la limitazione medesima nel bilanciamento con la (sovraordinata) utilità sociale sottesa alla previsione.

Si riformula quindi l'assunto: dell'adeguatezza delle misure adottate dal Governo italiano per "assicurare che l'affidamento dei contratti pubblici avvenga nel pieno rispetto degli obblighi prescritti per la tutela dei diritti (retributivi e contributivi) dei lavoratori impiegati nell'esecuzione delle commesse pubbliche"¹⁶, sarà eventualmente investito il Giudice delle leggi (o di Lussemburgo).

Ritessendo le fila del discorso, in disparte alle risalenti critiche¹⁷ già mosse alla (non sovrapponibile) disciplina previgente, talune delle quali invero ancora estremamente attuali e del tutto condivisibili, più di recente una critica è (apparentemente) stata mossa in un *obiter dictum* dal Consiglio di Stato (autocritica, visto che l'estensore e comunque i 4/5 del Collegio facevano parte della commissione speciale, o frecciata al legislatore per il vincolo imposto nella legge delega?), che nella già richiamata sentenza n. 5665/2023, relativa a fattispecie cui *ratione temporis* era applicabile il d.lgs. 50/2016 -che come noto ammetteva il ribasso dei costi della manodopera-, ha sostenuto che il divieto **indiscriminato** di ribasso sulla manodopera, oltre a porsi in contrasto con il principio di libera concorrenza nell'affidamento delle commesse pubbliche, avrebbe i seguenti effetti:

- la standardizzazione dei costi vero l'alto;
- la sostanziale imposizione del ccnl individuato dalla stazione appaltante al fine di determinare l'importo stimato dell'appalto;
- la sostanziale inutilità dell'art. 97 comma 6 del vecchio Codice, e cioè l'obbligo per gli operatori economici del rispetto degli oneri inderogabili;
- l'impossibilità, da parte della stazione appaltante, di vagliare l'effettiva congruità in concreto delle offerte presentate dai concorrenti.

La pronuncia ha ritenuto altresì che con la rigida non ribassabilità (nella specie illegittimamente) prevista dal bando di gara, nel caso di appalti ad altissima intensità di manodopera, "si arriverebbe (come si è arrivati) a considerare che la gara sia stata indetta solo per vagliare il ribasso sulla voce "spese generali", ciò che costituisce un **assurdo logico** prima che una ricostruzione in diritto non condivisibile".

In primo luogo va detto che detto "assurdo logico", sebbene ridimensionato (i.e. possibile riduzione indiretta della manodopera), è oggi positivizzato nell'art. 41 del nuovo Codice, così come l'art. 11 ha positivizzato la sostanziale imposizione del CCNL individuato dalla stazione appaltante al fine di determinare l'importo stimato dell'appalto.

In secondo luogo, la critica ha come bersaglio il bando di gara oggetto d'impugnazione, siccome interpretato nel senso di un divieto indiscriminato di ribasso sulla manodopera, e non già il nuovo Codice, che un divieto pure contiene, ma come detto più moderato e certamente non indiscriminato.

In terzo luogo, dall'attenta analisi della pronuncia, da taluno interpretata nel senso di una possibile legittimazione -anche nel nuovo Codice- alla ribassabilità della manodopera (si veda ad esempio V. Boscolo Fiore, Scorporo e ribasso dei costi della manodopera tra precedente e nuovo Codice), ci si avvede che la questione da dirimere era nella specie ben differente, e che la pronuncia medesima dica in realtà ben altro, e vada rettificata contestualizzata alla luce dei fatti di causa.

¹⁶ Atto di segnalazione n. 2, del 19 marzo 2014.

¹⁷ Cfr. AVCP, Atto di segnalazione n. 2, del 19 marzo 2014. Cfr. altresì il documento AVCP recante "Prime indicazioni sui bandi tipo: tassatività delle cause di esclusione e costo del lavoro"

Il caso si riferiva ad una gara in cui il bando prevedeva che soggetto a ribasso fosse il solo importo inerente alle spese generali (15.000 euro circa), mentre fosse fisso e non soggetto a ribasso l'importo relativo ai costi del servizio (200.000 euro circa), che nell'incidente coincidevano con i costi per la manodopera.

L'aggiudicatario proponeva il 99,99% di sconto sull'importo ribassabile, giustificando l'entità del ribasso con un minor costo del personale, così aggiudicandosi la gara.

Il Giudice di prime cure annullava l'aggiudicazione, in quanto concordava con la tesi del ricorrente secondo cui l'aggiudicatario aveva indicato un costo del personale (ex art. 95, c. 10) minore di quello indicato dalla lex specialis come costo complessivo del servizio "non soggetto a ribasso", coincidente quest'ultimo proprio con il costo della manodopera. Il ricorso a tale artificio ha consentito all'aggiudicatario di proporre un ribasso enorme (99,99%) sulla componente delle spese generali, in quanto le somme necessarie per la copertura di tale voce di costo sono state surrettiziamente recuperate dall'indebito risparmio ricavato dalla riduzione del costo del personale. Il Giudice censurava dipoi l'operato della P.A., che in sede di valutazione di anomalia dell'offerta della controinteressata aveva illegittimamente preso in considerazione – quale elemento utile ai fini della valutazione di congruità dell'offerta anormalmente bassa ex art. 97, comma 6, D. Lgs. n. 50/2016 – le giustificazioni addotte dall'aggiudicatario con riferimento al costo del personale, non soggetto a ribasso.

Il Consiglio di Stato, riformando la sentenza di primo grado, ha ravvisato l'illogicità di un siffatto (indiscriminato) divieto di ridurre la manodopera, in quanto *"Persino nel "nuovo Codice", che in applicazione di un preciso criterio di delega di cui all'art. 1 comma 2 lett. t) della L. 78/2022, ha previsto "in ogni caso che i costi della manodopera e della sicurezza siano sempre scorporati dagli importi assoggettati a ribasso" è stata fatta salva la possibilità per l'operatore economico di dimostrare che un ribasso che coinvolga il costo della manodopera sia derivante da una più efficiente organizzazione aziendale"*.

La sentenza, quindi:

- non ha in alcun modo sostenuto che nel nuovo Codice i costi della manodopera siano (direttamente) ribassabili, ma ai fini del decidere ha ritenuto dirimente che, diversamente dal vigente art. 41, *"l'art. 23 comma 16, (del vecchio Codice n.d.r.) dispone che i costi della sicurezza sono scorporati dal costo dell'importo assoggettato al ribasso. **I costi della sicurezza e solo quelli**"* (oggi, viceversa, anche la manodopera deve essere scorporata).
- ha viceversa ritenuto, utilizzando a fini interpretativi l'art. 41 del nuovo Codice, che bene aveva fatto la stazione appaltante a consentire all'aggiudicatario di giustificare l'aggressivo ribasso offerto (sulla sola parte ribassabile) alla luce dell'avvenuta dimostrazione di un minor costo effettivo della manodopera (costo ridotto, ma non oggetto di ribasso diretto), a fortiori considerando che nel vecchio Codice la manodopera era pienamente e legittimamente assoggettabile a ribasso.

Dall'analisi della pronuncia si può quindi in realtà ritrarre indiretto sostegno alla tesi qui sostenuta: nel nuovo Codice è certamente legittimo indicare un costo della manodopera inferiore rispetto a quello stimato dalla stazione appaltante, **sebbene non soggetto a ribasso**, al fine di giustificare l'importo complessivo offerto (che solo in via indiretta, ovvero per mezzo dell'art 108 del Codice, può coinvolgere la manodopera), in maniera del tutto identica al fatto di causa oggetto di scrutinio (i.e. **ribasso** del 100% sulla parte ribassabile **giustificato** giustappunto grazie alla **riduzione** del costo della manodopera).

Nell'argomentazione qui sviluppata non rileva, quindi, quel divieto **indiscriminato** di ribasso sulla manodopera che è stato oggetto di censura da parte del Consiglio di Stato, che in ultima istanza ha condotto alla riforma della pronuncia di primo grado.

Una riduzione della manodopera è ritenuta viceversa pacificamente possibile ed ammissibile, sebbene non nella forma del ribasso diretto, ma in via riflessa ex art. 108, ai fini di giustificare il maggior ribasso offerto sull'importo soggetto a ribasso (netto manodopera) e di dimostrare una più efficiente organizzazione aziendale.

11. Risvolti operativi

Se la tesi fosse corretta, le alternative operative rimarrebbero due, le quali, sebbene sviluppantesi su due diverse metodologie, conducono al medesimo risultato:

- o si segue l'impostazione qui suggerita, e si consente la formulazione del ribasso solo ed esclusivamente sull'importo soggetto a ribasso (al netto della manodopera);
- o si segue il bando tipo ANAC, e si consente la formulazione del ribasso sull'intero importo soggetto a ribasso (al lordo della manodopera). In tal caso, tuttavia, al fine di rispettare l'ulteriore previsione reiterata nel bando tipo (cfr. artt. 3 e 17) secondo cui i costi della manodopera non sono soggetti a ribasso, si ritiene che debba essere necessariamente fissato un ribasso massimo presentabile in sede di gara, da indicarsi in una misura tale per cui non venga intaccato il costo della manodopera. Detto artificio pare però essere davvero privo di qualsivoglia dignità logica, prim'ancora che della minima utilità pratica.

12. Considerazioni finali

La cosa buffa è che, in ambedue le ipotesi operative, le stazioni appaltanti, relativamente agli appalti di servizi e forniture sopra soglia, dovrebbero espressamente motivare in ordine alle deroghe al bando-tipo ai sensi dell'art. 83, c. 3, del Codice.

Con buona pace delle facilitazioni che ANAC ha inteso con il bando tipo introdurre...

La cosa lugubre è che, fuori dai limitati casi in cui il ribasso possa astrattamente essere superiore al 100% dell'importo ribassabile (i.e. appalti ad altissima intensità di manodopera), lo scorporo della manodopera rimane un demagogico slogan privo di qualsivoglia utilità: la manodopera è nella maggior parte dei casi comunque indirettamente ribassabile (i.e. riducibile), quale effetto e riflesso del maggior ribasso proponibile sulla componente ribassabile, (quasi sempre) giustificabile giustappunto grazie alla riduzione (ex. art. 108) del costo della manodopera, se ed in quanto riferibile ad una più efficiente organizzazione aziendale (ex. art. 41), nel rispetto dei minimi salariali retributivi (ex art. 110).

La tutela della manodopera dietro lo scudo di un sofisma, che dovrebbe essere espunto al più presto dall'ordinamento.

Tanto clamore per poco o nulla...

Brescia, 12 ottobre 2023.

Avv. Elvis Cavalleri

P.S.

Se non un viaggio a Lourdes, come suggerito da B. Bosetti, un trasferimento nella Provincia Autonoma di Bolzano, dove i costi della manodopera sono ancora ribassabili, e dove viene richiesto al solo aggiudicatario di indicare il contratto collettivo nazionale e territoriale applicato al personale dipendente, nonché per i contratti di lavori e servizi i costi della manodopera (cfr. l'Art.

27, comma 4-bis della Legge provinciale 17 dicembre 2015, n. 16, come novellata dalla della Legge provinciale 16 giugno 2023, n. 11).

È d'interesse poi notare che il disegno di legge originario (D.G.P. 350/2023) per la revisione della prefata legge provinciale alla luce del nuovo Codice prevedeva che "La stazione appaltante, **nel caso di comprovata difficoltà** nell'individuare il contratto collettivo di riferimento e **di scorporare i costi della mano d'opera, può procedere in ogni caso all'avvio della procedura**!"

Sia mai che il legislatore nazionale prenda spunto da quello bolzanino...

Brescia, 12 ottobre 2023.

Avv. Elvis Cavalleri