

La determinazione del costo del lavoro negli appalti pubblici dopo il Decreto del fare

di [Vincenzo Mirra](#)

Publicato il 19 Gennaio 2015

la quantificazione del costo del lavoro negli appalti pubblici costituisce, evidentemente, la questione tecnicamente (e giuridicamente) più delicata nella valutazione dell'affidamento (Vincenzo Mirra e Fabrizio Stella)

La quantificazione del costo del lavoro negli appalti pubblici costituisce, evidentemente, la questione tecnicamente (e giuridicamente) più delicata nella valutazione dell'affidamento.

Il comma 3-*bis*, all'articolo 81, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, meglio noto come Codice degli Appalti, introdotto dall'articolo 4, comma 2, lettera i-*bis*) del decreto-legge 13 maggio 2011, n. 70¹ prevedeva che l'offerta economicamente più vantaggiosa fosse *“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 alle disposizioni in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro”*.

Stante i rilevanti problemi applicativi che recava con sé, la norma è stata abrogata dall'art. 44 del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201².

In tal senso sia consentito il rinvio alla procedura di cui all'articolo 38, comma 1-*ter*, del Codice degli Appalti, introdotto dall'articolo 4, comma 3, del decreto-legge n. 70 del 2011, laddove si prevede che:

“In caso di presentazione di falsa dichiarazione o falsa documentazione, nelle procedure di gara e negli affidamenti di subappalto, la stazione appaltante ne dà segnalazione all'Autorità che, se ritiene che siano state rese con dolo o colpa grave in considerazione della rilevanza o della gravità dei fatti oggetto della falsa dichiarazione o della presentazione di falsa documentazione, dispone l'iscrizione nel casellario informatico ai fini dell'esclusione dalle procedure di gara e dagli affidamenti di subappalto ai sensi del comma 1, lettera h), per un periodo di un anno, decorso il quale l'iscrizione è cancellata e perde comunque efficacia.”

Successivamente, il decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69³, il c.d. “decreto del fare”, ha introdotto all'articolo 82 del Codice degli Appalti il comma 3-*bis* prevedendo 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”.

La norma ha l’evidente scopo di garantire il pieno rispetto, anche per gli affidamenti dei contratti pubblici, degli obblighi previsti per la tutela dei diritti, retributivi e contributivi, di tutti i lavoratori impiegati nell’esecuzione delle relative commesse pubbliche, non presentando le criticità applicative della precedente normazione.

1. La normativa vigente.

La norma attuale, prevista dal citato art. 82, comma 3-*bis*, del Codice degli Appalti, concernente come detto il criterio del prezzo più basso, presenta due differenze sostanziali rispetto alla precedente versione:

- la prima relativa al “Criterio del prezzo più basso”, che pone un limite: la norma è applicabile alle sole gare realizzate al prezzo più basso con conseguente esclusione di quelle effettuate con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa. Tra l’altro dalla lettura della disposizione non emergono dubbi applicativi: “*Il prezzo più basso è determinato al netto delle spese...*”.
- la seconda invece attiene ai complessivi elementi da considerare ai fini della determinazione del costo del personale, per il quale si deve tener conto non solo 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, ma anche “*delle voci retributive previste dalla contrattazione integrativa di secondo livello*”, nella quale dovrebbero rientrare sia la contrattazione territoriale che quella aziendale.

Analogamente all’abrogato comma 3-*bis* dell’art. 81, il comma 3-*bis* dell’art. 82 potrebbe essere letto secondo due diverse interpretazioni, per le quali tuttavia emerge più di qualche dubbio applicativo:

- una società che intende partecipare ad una gara per un appalto pubblico dovrebbe presentare un’offerta al netto dei costi del personale e della sicurezza, che quindi dovrebbero essere scorporati dal resto delle voci indicate.

Di conseguenza, l’aggiudicazione dell’appalto avverrebbe al minore prezzo offerto, detratti i costi del personale e della sicurezza, che comunque la società dovrebbe indicare in maniera separata nella propria offerta.

È palese l’effetto distorsivo sulle gare d’appalto con l’applicazione della norma in questi termini: in sostanza, l’appalto verrebbe assegnato sulla base di un’offerta a ribasso, presentata però con quote di prezzo differenti, derivanti proprio dallo scorporo del costo del personale e di quello delle misure di sicurezza.

- una seconda tesi suggerisce, invece, di affidare alla stazione appaltante il compito di determinare, direttamente nel bando di gara, il costo del personale e quello della sicurezza in modo da sottrarli al confronto competitivo.

Tale ultimo orientamento però si scontra con quanto emerge dalla Nota di Lettura n. 13⁴ del 2013 della Camera dei Deputati di seguito riportata:

“Al riguardo, per i profili di stretta competenza, si rileva che l'esclusione di fatto dalla determinazione del prezzo più basso di alcuni fattori di costo, sembra ridurre i potenziali spazi di contenimento dei prezzi di aggiudicazione degli appalti, con possibili riflessi sui saldi di finanza pubblica”⁵.

2. Criticità.

La prima ipotesi, rimettendo alla libera decisione dei concorrenti lo scorporo del costo del personale, avrebbe come conseguenza la sua inapplicabilità stante l'impossibilità di valutare le offerte sulla base di componenti omogenee ed uniformi.

Seguendo, invece, la seconda tesi prospettata si presenterebbe la difficoltà o addirittura l'impossibilità di conoscere l'effettivo costo del personale da parte della stazione appaltante.

Infatti, mentre la norma sembra far riferimento al costo orario, stabilendo che non può essere inferiore al minimo salariale, il costo complessivo, che la stazione appaltante dovrebbe determinare nel bando di gara, dipende (anche) dal tempo di impiego del personale e quest'ultimo, a sua volta, dalla natura della prestazione e dall'organizzazione dell'azienda.

Dati, questi, che si differenziano a seconda della società concorrente e, quindi, difficilmente conoscibili dalla stazione appaltante *ex ante*.

Inoltre, per alcune prestazioni, l'incidenza eccessiva del costo del personale, potrebbe determinare la sottrazione al ribasso di una quota rilevante di prezzo, con due conseguenze:

- il rilancio competitivo avverrebbe su una quota molto ridotta dello stesso prezzo;
- le imprese presenterebbero offerte *proporzionali* loro produttività. Più questa sarà crescente e più i ribassi sarebbero maggiori.

Si consideri, in aggiunta, che il costo del personale unitario, diviso in orario, settimanale, mensile o comunque periodico è una delle componenti del costo complessivo, costituito dalla somma dei costi unitari dei singoli lavoratori, per il tempo impiegato da ciascuno di essi.

Orbene, mentre il costo unitario, può essere comunque predeterminato, anche se con le difficoltà connesse ai differenti contratti e minimi salariali applicati dalle aziende, il secondo costo può essere solo ipotizzato, prescindendo dall'organizzazione dell'impresa a cui sarà assegnato l'appalto, dalla sua logistica, disponibilità di mezzi e modalità di impiego.

Alla luce di quanto sopra, stante tutte le difficoltà illustrate, la predeterminazione del costo complessivo del personale rischia di diventare un sovrapprezzo erogato all'impresa aggiudicataria, ovvero, nelle ipotesi di eventuale sottostima operata dalla stazione appaltante, una penalizzazione.

In entrambi i casi, l'effetto sarebbe contrario a quello che la norma si prefigge di realizzare, in quanto nel caso di costo:

- **sovrastimato** si rischierebbe di premiare le imprese meno efficienti dal punto di vista organizzativo, infatti l'azienda potrebbe compensare con la voce di prezzo percepito a titolo di costo del personale i ribassi offerti sulle restanti voci di prezzo, a danno del primo, vanificando così gli effetti voluti dal provvedimento;

- **sottostimato**, l'importo corrisposto all'impresa, da imputare alla voce costo del personale, non sarebbe sufficiente a coprire l'effettivo impiego della manodopera che la stessa impresa necessita per la realizzazione di uno specifico appalto.

Una siffatta interpretazione della norma, la renderebbe, di fatto, difficilmente applicabile a quelle prestazioni ad alta intensità di manodopera (si pensi ai servizi assicurativi, bancari, alla fornitura di farmaci etc.); in questi casi, infatti, gli importi posti a base di gara sono determinati ai sensi dell'art. 89, comma 1, del Codice degli Appalti, con riferimento al miglior prezzo di mercato dal quale, comunque, non è possibile scorporare il costo del personale.

Si consideri ancora che se la stazione appaltante dovesse, nella fase di determinazione della base d'asta, scorporare il costo del personale e quello della sicurezza, potrebbe determinarsi un ingiustificato utilizzo esclusivo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, criterio oramai non più esistente, come si evince dal menzionato art. 82, c. 3-bis, del Codice degli Appalti, che contempla esclusivamente il criterio del prezzo più basso.

Non mancano, poi, evidentemente, problemi di coordinamento con l'art. 118, comma 4, del citato Codice, laddove è previsto 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”.

Nulla infatti viene detto circa la non ribassabilità del costo del personale.

3. Conclusioni.

Sulla base di quanto esposto, l'applicazione della norma potrebbe determinare le criticità prospettate e generare gli effetti distorsivi del mercato sopra evidenziati, senza dimenticare la necessità di salvaguardare anche il principio dell'autonomia imprenditoriale, in linea con la normativa comunitaria la quale, all'art. 55 della Direttiva 2004/18⁶, ammette giustificazioni in relazione ad elementi che influenzano il **costo complessivo** del personale e tutela il solo **costo unitario**.

Di conseguenza, stabilita la necessità di assicurare una specifica tutela al costo unitario, si può essenzialmente ritenere che il costo complessivo del personale, per ciascuna azienda concorrente, si debba determinare in base alla reale capacità organizzativa dell'azienda che è, a sua volta, in funzione della libera iniziativa economica ed imprenditoriale, quindi non può essere in alcun modo stravoltamediante predeterminazioni operate *ex ante*.

19 gennaio 2015

Fabrizio Stella e Vincenzo Mirra

1 Convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 2011, n. 106.

2Convertito, con modificazioni, dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214.

3Convertito, con modificazioni, dalla legge 9 agosto 2013, n. 98.

4 Redatta in occasione della Conversione in legge, con modificazioni, del Decreto Legge 21 giugno 2013, n. 69, recante *Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia*.

5Per eventuali approfondimenti sull'*iter* del provvedimento in esame, si segnala che il disegno di legge di convalida, trasmesso al Parlamento, è stato rubricato come:

- Atto Camera n. 1248 approvato il 26 luglio 2013;
- Atto Senato n. 974 approvato con modificazioni il 7 agosto 2013;
- Atto Camera 1248-B approvato definitivamente in legge il 9 agosto 2013.

6Recepita negli artt. 87 e 88 del Decreto Legislativo 12 aprile 2006, n. 163.