

Parere n. 123 del 19/07/2012

PREC 98/12/S

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dalla Ditta ECO SPRINT S.r.l. – Procedura aperta per l'affidamento del servizio di pulizia dei locali adibiti a sede dell'ISA-CNR di Avellino – Criterio di aggiudicazione: Offerta economicamente più vantaggiosa – Importo a base d'asta: €130.000,00 – S.A.: ISA (Istituto di Scienze dell'Alimentazione)-CNR (Consiglio Nazionale delle Ricerche).

Artt. 81, comma 3 bis e 87 del d.lgs. n. 163/2006

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 8 marzo 2012 è pervenuta l'istanza indicata in epigrafe, con la quale la Ditta ECO SPRINT S.r.l., ha chiesto un parere in merito alla legittimità della disciplina di gara predisposta dall'Istituto di scienze dell'alimentazione – Consiglio Nazionale di Ricerche (ISA-CNR) di Avellino per l'affidamento del servizio di pulizia in oggetto.

In particolare, l'istante sostiene che la stazione appaltante avrebbe violato la disposizione contenuta all'art. 81, comma 3 bis del d.lgs. n. 163/2006, in vigore alla data di presentazione delle offerte, in quanto non ha raffrontato i costi per la mano d'opera indicati nelle offerte economiche con il costo della mano d'opera calcolato in base alle tabelle ministeriali ancora vigenti all'epoca dell'offerta (Campania – giugno 2009). Sostiene infatti l'istante che se la Commissione giudicatrice, al fine di individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa avesse sottratto, dall'importo dell'offerta, il costo della mano d'opera calcolato nei termini anzidetti, quasi tutte le offerte economiche sarebbero risultate non congrue rispetto al solo costo di mano d'opera.

Parte istante esprime inoltre perplessità anche in ordine agli applicati criteri di verifica delle offerte anormalmente basse, secondo quanto stabilito dall'art.87 del Codice dei contratti pubblici, in quanto sarebbe stato consentito all'aggiudicataria Pulim 2000 S.r.l. di presentare giustificazioni relative al costo della manodopera, sebbene tale norma non lo consentisse. Si osserva, peraltro, che l'aggiudicataria ha portato in detrazione dal costo della mano d'opera un credito d'imposta che non riguarda i costi del personale, ma gli investimenti effettuati per l'acquisto in regime agevolato di macchine e attrezzature. Tale credito non solo non sarebbe utilizzabile per l'anno 2012, ma non sarebbe altresì adeguatamente documentato nelle forme di cui al D.P.R. n. 445/2000.

Con apposita integrazione all'istanza di precontenzioso, l'istante infine contesta il comportamento della Stazione Appaltante che, ponendo limiti all'accesso alla documentazione di gara, le ha precluso la possibilità di proporre ricorso all'Autorità giurisdizionale.

In riscontro all'istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 4 maggio 2012, la ECO SPRINT S.r.l. ribadisce quanto rappresentato nell'istanza di parere lamentando, tra l'altro, la

illegittimità dell'aggiudicazione provvisoria resa in favore della ditta Pulim 2000 S.r.l.. Quest'ultima, a sua volta, con nota del 14 maggio 2012, osserva che, secondo l'insegnamento del Consiglio di Stato, i minimi tabellari non sono da considerare inderogabili ai fini della valutazione di congruità dell'offerta e che il credito d'imposta, riversato sui costi aziendali connessi alla mano d'opera, è utilizzabile dall'anno 2012, come documentato dall'Agenzia delle Entrate.

Anche la Stazione Appaltante trasmette nota di controdeduzioni, con la quale conferma la correttezza del proprio operato, evidenziando la rilevanza del credito d'imposta esibito dall'aggiudicataria.

Ritenuto in diritto

La questione controversa oggetto del presente esame concerne la legittimità della disciplina di gara predisposta dall'ISA-CNR di Avellino per le ragioni evidenziate in fatto.

Parte istante lamenta, in sostanza, la violazione dell'art. 81, comma 3 bis del d.lgs. n. 163/2006 (rubricato "Criteri per la scelta dell'offerta migliore"), introdotto dalla legge n. 106/2011 di conversione del d.l. n. 70/2011, e applicabile al caso di specie in considerazione della data di scadenza del termine per la presentazione delle offerte (29 novembre 2011). Secondo la ECO SPRINT S.r.l., la commissione di gara avrebbe dovuto escludere tutte le offerte che presentano un importo del costo del personale inferiore a quello stabilito dalle tabelle ministeriali.

Al riguardo è opportuno osservare che la disposizione contenuta all'art. 81, comma 3 bis sopra richiamato, proprio per le rilevanti difficoltà esegetiche ed applicative che ha da subito presentato, è stata espunta dall'ordinamento giuridico a seguito del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito dalla L. 22 dicembre 2011, n. 214 (cosiddetto decreto Salva-Italia). In particolare, l'art. 44 di tale recente disciplina ha apportato talune modifiche al Codice dei Contratti Pubblici anche mercé l'abrogazione del comma 3-bis dell'art. 81 del Codice, che, con riferimento ai criteri per l'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, prevedeva che "l'offerta migliore è altresì determinata al netto delle spese relative al costo del personale, valutato sulla base dei minimi salariali definiti dalla contrattazione collettiva nazionale di settore tra le organizzazioni sindacali dei lavoratori e le organizzazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, e delle misure di adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro".

Tale intervento abrogativo è stato salutato con favore, se non con sollievo, da parte dei commentatori, alla luce dei seri problemi interpretativi che aveva suscitato, tant'è che, come evidenziato da questa Autorità nel Documento di consultazione per la redazione dei bandi-tipo, è da ritenere di fatto impossibile evidenziare il costo del personale in sede di progettazione del servizio o della fornitura, in quanto ciò presupporrebbe una conoscenza del settore che le stazioni appaltanti verosimilmente non possiedono. Senza considerare che il tempo di impiego del personale dipende dalla natura della prestazione e dall'organizzazione dell'impresa, con la conseguenza che l'esecuzione di una stessa prestazione può comportare fra due imprese la necessità di impiegare manodopera per un tempo diverso a causa di una differente organizzazione produttiva e/o di una diversa attrezzatura impiegata.

Pertanto, l'interpretazione che è apparsa preferibile a questa Autorità, nella vigenza della norma in esame, è nel senso che l'art. 81, comma 3-bis impone sempre alle stazioni appaltanti e alle imprese 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.

Invero, “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”.

Seguendo questo indirizzo interpretativo, pertanto, dall’applicazione della norma di cui all’art. 81, comma 3-bis non sarebbe derivato l’obbligo di individuazione ex ante del costo del personale, ma semplicemente quello di effettuare la verifica della congruità del lavoro su due piani distinti, aventi ad oggetto, il primo, la verifica della produttività presentata dal concorrente, il secondo, il livello e il numero del personale necessari per garantire tanto la produttività quanto i corrispondenti minimi salariali indicati nelle giustificazioni prodotte. La linea interpretativa auspicata dall’Autorità avrebbe pertanto comportato la posposizione del momento applicativo della norma, dalla fase di predisposizione della disciplina di gara a quello successivo della verifica di congruità, secondo la linea metodologica testé illustrata.

La sopravvenuta abrogazione della norma sulla quale si fondano le deduzioni dell’istante, che di tale circostanza mostra peraltro di avere piena contezza, non incide sulla idoneità delle stesse a costituire comunque parametro di riferimento della legittimità degli atti di gara, e ciò in ragione degli effetti non retroattivi del suddetto intervento abrogativo. Ciò che però rileva ai fini della soluzione del caso in esame è che la norma invocata non ha introdotto un regime giuridico che assegna alle tabelle ministeriali sul costo del lavoro una portata applicativa cogente inderogabile, in grado cioè di denotare ex se la non congruità dell’offerta presentata.

Né è dato pervenire a tale risultato ermeneutico attraverso l’applicazione dell’art.87 del Codice dei contratti pubblici, nella versione in vigore già all’epoca della gara, che parte istante assume a sua volta violato per avere la commissione consentito all’aggiudicataria di presentare giustificazioni relative al costo della manodopera, in stridente contrasto con il divieto sancito da tale norma.

L’istante pone in rilievo l’intervenuta abrogazione (ad opera dell’art. 4, comma 2, lett. e-ter) del D.L. 13 maggio 2011, n. 70) della lett. g) del menzionato art. 87 che consentiva di presentare giustificazioni relative al “costo del lavoro come determinato periodicamente in apposite tabelle dal Ministro del lavoro e delle politiche sociali...” nonché la stentorea previsione di cui al successivo comma 3, in base alla quale “non sono ammesse giustificazioni in relazione a trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge”.

Orbene, anche tale profilo delle deduzioni sollevate dall’istante non assume carattere persuasivo, alla luce del costante orientamento della giurisprudenza amministrativa secondo cui “Nelle gare d’appalto, ai fini della verifica della congruità dell’offerta, le tabelle ministeriali di cui alla L. 7 novembre 2000 n. 327 relative al costo del lavoro non sono inderogabili, in quanto indicano valori medi suscettibili di scostamenti sui quali all’Impresa è consentito fornire giustificazioni, ove si tenga presente che le tabelle in questione non si propongono di determinare una misura del costo del

lavoro rilevante agli effetti degli appalti pubblici in via autoritativa, quale intervento regolatorio sui prezzi a fini amministrativi” (cfr. C. Stato, Sez. V, n. 2835 del 9 giugno 2008; Tar Sardegna, Sez. I, n. 1160 del 30 novembre 2011).

Deve conclusivamente affermarsi che l’assetto normativo, *ratione temporis* vigente, non consentiva di attribuire alle tabelle ministeriali sul costo del lavoro carattere dirimente ai fini della declaratoria di incongruità delle offerte economiche presentate.

Osserva altresì l’istante che l’aggiudicataria avrebbe portato in detrazione dal costo della mano d’opera un credito d’imposta che non riguarda i costi del personale, ma gli investimenti effettuati per l’acquisto, in regime agevolato, di macchine e attrezzature, non utilizzabile per l’anno 2012 e non adeguatamente documentato nelle forme di cui al d.P.R. n. 445/2000.

In senso contrario alle deduzioni dell’istante occorre osservare che risulta per *tabulas* (v. copia dell’accoglimento della relativa istanza da parte dell’Agenzia delle Entrate – Centro Operativo di Pescara) che la ditta Pulim 2000 S.r.l. vanta un credito d’imposta per l’anno 2012 pari all’importo di €28.379,00. Tale reperto documentale, secondo quanto si ricava dalla nota della Pulim 2000 S.r.l. del 2 febbraio 2012, è stato prodotto nel corso della fase di verifica di congruità dell’offerta ex art. 87, comma 2, del d.lgs. n. 163/2006, in risposta alla richiesta di chiarimenti e giustificazioni del 01/02/2012. Ne consegue che, contrariamente a quanto sostenuto dalla ECO SPRINT S.r.l., la giustificazione prodotta è da ritenere adeguatamente documentata attraverso la produzione di nota proveniente dagli stessi uffici competenti in materia fiscale. Inoltre, non può escludersi che tale credito d’imposta possa essere utilizzato per sopperire alle spese per il personale, ancorché sia originato dal risparmio di spesa per l’acquisto di attrezzature e macchinari, non configurandosi, a norma di legge, alcun vincolo di destinazione del credito riconosciuto dagli uffici competenti. Invero, come evidenziato dalla S.A. nella sua memoria di controdeduzioni, il punto 1.11 della Circolare 38/E dell’Agenzia delle Entrate prevede che il credito d’imposta previsto dall’art. 1, commi 271-279 della legge 27 dicembre 2006, n. 296 (“Credito d’imposta per acquisizioni di beni strumentali nuovi in aree svantaggiate”) può essere utilizzato a scomputo delle somme dovute ai fini di IRPEF o IRES per il medesimo periodo d’imposta in cui il credito è maturato ovvero “in acconto e a saldo per i successivi periodi d’imposta” e “in compensazione...di debiti tributari e previdenziali...”.

Per quanto riguarda infine il contestato comportamento della stazione appaltante che a fronte delle istanze di accesso agli atti di gara, presentate con note del 27 febbraio e del 6 marzo 2012, avrebbe indebitamente omesso o ritardato l’ostensione degli atti ovvero della relazione tecnica allegata all’offerta dell’aggiudicataria provvisoria, occorre in primo luogo rammentare che il tema dell’ostensione degli atti afferenti alle procedure di gara è oggetto della previsione normativa di cui all’art. 13 del Codice dei contratti pubblici.

Orbene, dalla documentazione di gara esaminata, risulta che la Stazione Appaltante ha dato seguito alle predette istanze ad exhibendum determinandosi nel senso che “è possibile l’accesso a tutti gli atti di gara ed alla documentazione presentata dalla Pulim 2000, fatta eccezione per la relazione tecnica alla quale sarà possibile accedere previa autorizzazione della ditta stessa”. Quest’ultima ha quindi espresso la propria opposizione, con nota del 13/03/2012, di talché è dato inferire che sia stato al momento interdetto l’accesso da parte della ECO SPRINT alla documentazione tecnica richiesta.

L’istante invoca quindi l’applicazione del comma sesto dell’articolo di legge su menzionato, laddove prevede che “In relazione all’ipotesi di cui al comma 5, lettere a) e b), è comunque consentito l’accesso al concorrente che lo chieda in vista della difesa in giudizio dei propri interessi

in relazione alla procedura di affidamento del contratto nell'ambito della quale viene formulata la richiesta di accesso”.

Tali rilievi non sono meritevoli di favorevole apprezzamento già solo per il fatto che nel corpo della nota dell'istanza del 27 febbraio 2012, la ECO SPRINT S.r.l. non fa alcun riferimento alla necessità di acquisire la documentazione richiesta al fine di esercitare la difesa in giudizio dei propri interessi. Vi è ad ogni modo da porre in debito rilievo che la materia è stata innovata dall'intervento del legislatore che ha coniato il nuovo istituto dell'accesso “immediato” agli atti delle procedure di affidamento dei contratti pubblici di cui all'art. 79, comma 5 quater, D.Lgs n. 163/2006, così come novellato dal D.Lgs n. 53/2010. Recita infatti il nuovo comma 5 quater: “Fermi i divieti e differimenti dell'accesso previsti dall'articolo 13, l'accesso agli atti del procedimento in cui sono adottati i provvedimenti oggetto di comunicazione ai sensi del presente articolo è consentito entro dieci giorni dall'invio della comunicazione dei provvedimenti medesimi mediante visione ed estrazione di copia.”. Dal tenore della norma consegue che alcun ritardo imputabile alla S.A. è dato ravvisare nell'attuale fase di espletamento della gara, non avendo, questa, ancora adottato il provvedimento di aggiudicazione definitiva, che è appunto oggetto di comunicazione, a norma dell'art. 79 comma 5 d.lgs. n. 163/2006, al secondo in graduatoria e a tutti gli ulteriori candidati che hanno presentato un'offerta ammessa in gara.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, quanto segue:

- la disciplina di gara predisposta dalla stazione appaltante ISA-CNR è conforme alla normativa di settore;
- non si rinvencono profili di illegittimità in ordine ai criteri di verifica delle offerte anormalmente basse;
- nessun comportamento illegittimo è imputabile alla stazione appaltante in sede di disamina dell'istanza di accesso avanzata dalla ECO SPRINT S.r.l..

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 25 luglio 2012

Il Segretario: Maria Esposito