

Parere n.26 del 5/08/2014

PREC 70/14/S

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dal Comune di Grado – “Servizi cimiteriali del Comune di Grado per il periodo 1.07.2014- 30.06.2018”. Criterio di aggiudicazione: prezzo più basso. Importo a base d'asta euro 370.491,80 – S.A.: Comune di Grado.

Art. 82, comma 3, d.lgs. n. 163/2006 - Costo del personale.

Il Consiglio

Considerato in fatto

In data 13 marzo 2014 è pervenuta l'istanza indicata in epigrafe con la quale il Comune di Grado chiede un parere in merito alla procedura aperta indetta per l'affidamento, mediante il criterio del prezzo più basso, dei servizi cimiteriali per il periodo 01.07.2014-30.06.2018, relativi ai cimiteri di Grado capoluogo e Fossaloni, di importo pari ad euro 370.491,80.

L'istanza di parere muove dalla contestazione che la ArtCo Servizi Coop, risultata terza in graduatoria, con preavviso di ricorso ai sensi dell'art. 243 bis d.lgs. n. 163/2006, ha sollevato nei confronti del Comune di Grado che ha ammesso al prosieguo della gara ditte che avrebbero dovuto essere escluse per aver presentato offerte nelle quali veniva formulata in ribasso anche la voce del costo del personale individuata nel disciplinare come voce non soggetta a ribasso. Secondo la ArtCo Servizi, dette imprese avrebbero dovuto essere escluse in quanto lo stesso disciplinare di gara, a pag 2, distingueva, rispetto all'importo complessivo dell'appalto, le voci soggette a ribasso e quelle non soggette a ribasso, e tra queste ultime figurava espressamente sia il costo del personale che gli oneri per la sicurezza.

La stazione appaltante, dal canto suo, fa presente che tale procedura è stata indetta immediatamente dopo l'entrata in vigore del comma 3 bis dell'art.82 del d.lgs. 163/2006 (introdotto dall'art.32 comma 7 bis dalla legge 9 agosto 2013 n.98 di conversione del d.l. n. 69/2013) e che, in mancanza di indicazioni interpretative in ordine alla nuova disciplina, dopo aver quantificato il costo del personale e scorporato lo stesso dall'importo complessivo dell'appalto (Tabella 1 allegata alla determinazione a contrarre), la stessa “ha lasciato la facoltà agli operatori economici – indicando le opportune giustificazioni - di quantificare il costo del personale sulla base dei CCNL applicati dalle medesime e la propria organizzazione operativa”.

Tale facoltà risulta messa in evidenza nella determinazione a contrarre, così come nel disciplinare di gara (art.8) e nel modello di offerta economica (Modello E allegato al disciplinare di gara).

Alla gara hanno partecipato quattro imprese e l'appalto è stato aggiudicato provvisoriamente alla ditta Melillo Servizi Ambientali e Cimiteriali srl a c.r..

Tuttavia, in considerazione delle contestazioni mosse dalla ArtCo Servizi Coop, il Comune di Grado chiede se vi siano i presupposti per un annullamento in autotutela della procedura di gara. Con nota del 31 marzo 2014 è stato comunicato l'avvio del procedimento alla stazione appaltante e alle quattro ditte partecipanti alla gara. Sono pervenute memorie da parte della coop. Noncello società cooperativa sociale ONLUS (seconda in graduatoria) e della ArtCo Servizi società cooperativa. La prima ha segnalato l'errore nel quale sarebbe incorsa la stazione appaltante nel dare facoltà ai concorrenti di rideterminare il costo del lavoro tramite opportune giustificazioni dopo aver essa stessa quantificato e scorporato detto costo dall'importo complessivo dell'appalto. La ArtCo Servizi società cooperativa ha ribadito l'illegittimità dell'operato della stazione appaltante la quale, a fronte di una chiara previsione del disciplinare di gara che indicava quali importi fossero soggetti a ribasso e quali non lo fossero, ha ammesso alcune offerte nelle quali veniva formulata in ribasso anche la voce del costo del personale individuata nel disciplinare quale voce non soggetta a ribasso.

Ritenuto in diritto

La questione oggetto della richiesta di parere verte sulla legittimità o meno del ribasso offerto al lordo delle spese di personale o, in altri termini, la legittima possibilità di fornire un costo del lavoro inferiore a quello quantificato dalla stessa stazione appaltante.

Dalla documentazione in atti risulta che la stazione appaltante abbia quantificato preliminarmente il costo del personale nella fase progettuale, scorporando il medesimo dall'importo complessivo dell'appalto e precisando che la suddetta voce di costo, unitamente a quella relativa agli oneri di sicurezza, fosse non soggetta a ribasso.

Più precisamente, l'importo complessivo del servizio a base dell'affidamento, pari a euro 370.491,80 IVA esclusa, è così ripartito: euro 1.260,00 per oneri per la sicurezza non soggetti a ribasso; euro 321.977,70 per il costo del personale non soggetto a ribasso; euro 47.254,10 quale importo dell'appalto soggetto a ribasso.

La stazione appaltante ha indicato, altresì, la facoltà per i concorrenti di produrre in sede di offerta una diversa quantificazione del costo del lavoro, adducendo le opportune giustificazioni.

Per rispondere al quesito, occorre tenere presente il quadro normativo di riferimento nonché quanto previsto dalla *lex specialis* di gara.

Nel caso di specie, il criterio di aggiudicazione prescelto dalla stazione appaltante è quello, ai sensi dell'art. 82 d.lgs. n. 163/2006, del prezzo più basso. Per quanto qui rileva, è necessario analizzare il comma 3 bis del suddetto articolo, così come introdotto dal d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito con modificazioni dalla l. 9 agosto 2013, n. 98, che stabilisce quanto segue: "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."

Il disciplinare di gara, all'art. 8- Criterio di aggiudicazione – prevede che: "L'aggiudicazione avverrà con il criterio del prezzo più basso ai sensi dell'art.82 del Codice degli appalti. Il contratto è stipulato a corpo ed il prezzo è determinato mediante ribasso sull'importo posto a base di gara, esclusi gli oneri di sicurezza e il costo del personale non soggetti a ribasso. Ai sensi dell'art.82 comma 3 bis del codice, 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. La valutazione dell'offerta più vantaggiosa sarà effettuata dando lettura ad alta voce del prezzo complessivo e del ribasso percentuale offerti. In caso di discordanza tra il prezzo complessivo offerto e il ribasso percentuale offerto dal concorrente, l'aggiudicazione avverrà in base al ribasso percentuale indicato in lettere. In caso di parità di offerta si procederà mediante sorteggio. Il concorrente ha la facoltà di produrre in sede di offerta una diversa quantificazione del costo del lavoro rispetto la quantificazione elaborata dalla Stazione Appaltante con indicate le opportune giustificazioni, così come indicato nello schema di offerta Modello E)".

Orbene, al di là della palese contraddittorietà che emerge dall'analisi del suddetto art. 8 il cui contenuto, da una parte, appare in linea con il quadro normativo di riferimento, mentre, dall'altra, con riferimento all'ultimo periodo ivi indicato - relativo alla possibilità per il concorrente di quantificare in maniera diversa la voce di costo del personale - è con esso confliggente, sorgono comunque perplessità in ordine alla determinazione *ex ante*, da parte della stazione appaltante, della voce di costo del personale.

A tale riguardo, giova richiamare quanto formulato con l'atto di segnalazione A.V.C.P. n. 2 del 19.03.2014.

In particolare, a fronte di due possibili diverse interpretazioni proprio dell'art. 82, comma 3-bis del d.lgs. n. 163/2006, l'una che riconosce all'impresa l'onere di indicare separatamente nella propria offerta economica le voci di costo relative al personale, l'altra secondo cui tale voce di costo, come quella relativa alla sicurezza, debba essere determinata *ex ante* nel bando di gara dalla stazione appaltante, per sottrarle al confronto competitivo, si è osservato 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 e imprenditoriale e come tale non può essere in alcun modo compressa mediante predeterminazioni operate *ex ante*. Infatti, una quantificazione predeterminata del costo del personale offre maggiori profili di criticità se si pensa, ad esempio, che in alcuni lavori e in alcuni servizi, l'eccessiva incidenza del costo del personale determinerebbe la sottrazione al ribasso di una quota rilevante di prezzo, con la conseguenza che il rilancio competitivo avverrebbe su una quota molto ridotta dello stesso e le imprese presenterebbero ribassi maggiori al crescere della loro produttività; e ancora, un conto è il costo del personale unitario (orario, settimanale, mensile o comunque periodico in relazione ai diversi contratti di lavoro), altro è il costo complessivo, dato dalla somma dei prodotti tra i costi unitari dei singoli lavoratori per il tempo impiegato da ciascuno di essi. Il primo costo (unitario), pur con tutte le difficoltà legate all'effettiva conoscenza dei CCNL applicati con riferimento alle specifiche lavorazioni e/o servizi, può essere predeterminato in misura più o meno ragionevole (tenendo conto, comunque, delle difficoltà connesse alla diversità dei contratti applicati dalle aziende pur dello stesso settore; alla diversità dei minimi salariali in ragione della dimensione aziendale e delle specificità della contrattazione aziendale, difficilmente nota *ex ante* alla s.a.); il secondo può essere frutto solo di mere ipotesi che prescindono dalla reale organizzazione dell'impresa che poi si aggiudicherà l'appalto, dalla disponibilità dei suoi mezzi, dalla logistica e dalle modalità costruttive dalla stessa impiegate.

Proprio in ragione di quanto sopra osservato, la predeterminazione del costo complessivo del personale, stante tutte le difficoltà illustrate, rischia di diventare un sovrapprezzo erogato all'aggiudicatario, in taluni casi, ovvero, per le ipotesi di eventuale sottostima operata dalla stazione appaltante, una penalizzazione. In entrambe le ipotesi si avrebbe l'effetto contrario a quello che la norma si prefigge di realizzare.

Pertanto, la valutazione del prezzo deve avvenire mediante lo scorporo del costo del personale dal resto delle voci indicate in sede di offerta dal concorrente, in quanto il prezzo più basso scaturisce proprio dall'offerta prospettata dal concorrente e, quindi, compete al concorrente la definizione puntuale del costo della manodopera che lo stesso stima dover sopportare in ragione della tipologia dell'opera in appalto.

Altresì si ritiene che lo strumento per verificare il rispetto della normativa sul costo del personale è individuabile nell'istituto della verifica di congruità dell'offerta, condotta dalla stazione appaltante ai sensi dell'art. 86, comma 3 del d.lgs. n. 163/2006.

Orbene, nel caso di specie, l'operato della stazione appaltante non risulta conforme alla normativa settore.

Infatti, sulla scorta delle osservazioni sopra svolte, sorgono perplessità proprio riguardo alla quantificazione *ex ante* della voce di costo del personale operata dalla stazione appaltante, la quale, così facendo, non ha consentito al singolo concorrente di formulare la propria offerta ai sensi dell'art. 82, comma 3 *bis* d.l.g.n. 163/2006.

Anche a voler considerare percorribile la predeterminazione effettuata in fase progettuale del costo del personale non soggetto a ribasso, con scorporazione del medesimo dall'importo complessivo dell'appalto, la formulazione della disciplina di gara appare comunque contraddittoria in quanto ha comportato interpretazioni differenti da parte dei singoli concorrenti che, a rigore, avrebbero dovuto formulare la propria offerta al ribasso limitatamente alla quota espressamente prevista, pari ad euro 47.254,10.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che non sia conforme alla normativa di settore l'operato della stazione appaltante.

Il Presidente: Raffaele Cantone

Depositato in data 2 settembre 2014

Il Segretario: Maria Esposito