

## **Parere n.61 del 14/10/2014**

### **PREC 91/14/L**

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie *ex* articolo 6, comma 7, lettera n) del d.lgs. 163/2006 presentata dalla SAFITAL S.r.l. – Procedura aperta per l'affidamento dei lavori di *Manutenzione e ripristino urgenti dei dispositivi di ritenuta, attenuatori d'urto e recinzioni dell'autostrada A7 Milano – Serravalle, Raccordo Berenguardo – Pavia e Tangenziale di Pavia* – Criterio di aggiudicazione: prezzo più basso – Importo a base di gara: euro 1.750.000,00 – S.A.: Milano Serravalle - Milano Tangenziali S.p.A.

#### **Modifica sostanziale della lex specialis per intervenuta novella legislativa - Costo del personale - Art. 82, comma 3bis, d.lgs. 163/2006**

Le modifiche sostanziali apportate alla legge di gara devono essere soggette al regime pubblicitario previsto per il bando e devono garantire che la riapertura dei termini per la presentazione delle offerte sia soggetta ad un lasso temporale non inferiore a quello normativamente richiesto.

E' conforme all'art. 82, comma 3 bis, d.lgs. 163/2006 la previsione del bando di gara che onera il concorrente della definizione puntuale del costo della manodopera che egli stesso stima di dover sopportare in ragione della tipologia dell'opera in appalto.

### **Il Consiglio**

#### **Ritenuto in fatto**

In data 24 marzo 2014 è pervenuta l'istanza di parere con la quale l'impresa SAFITAL S.r.l. ha sollevato perplessità sulla conduzione della gara indetta da Milano Serravalle - Milano Tangenziali S.p.A., evidenziando che, all'esito della seduta pubblica del 31.1.2014, la Commissione aggiudicava provvisoriamente l'appalto all'impresa Esseti S.r.l. di Tortona (AL) con un ribasso dell'82,633% senza aver provveduto all'esclusione automatica delle offerte anomale come previsto dal bando di gara (sezione IV.2.1). L'istante ha rappresentato, conseguentemente, l'illegittimità, per violazione della legge di gara, dell'aggiudicazione provvisoria disposta, non ritenendo convincente quanto evidenziato dalla stazione appaltante a fronte delle rimostranze dell'impresa espresse con nota del 13.2.2014, ovvero che la disciplina di gara sarebbe stata variata a seguito della pubblicazione *on line*, in data 18.11.2013, di un avviso con il quale si rendevano edotti i concorrenti che «il Responsabile Unico del Procedimento provvederà a valutare in sede di verifica di anomalia l'adeguatezza e congruità delle migliori offerte, ivi comprese quelle risultate sopra soglia di anomalia. Quanto sopra è necessario per conformare l'aggiudicazione della gara alla novella normativa introdotta dal comma 3 bis dell'art. 82 del codice appalti dal DL 69/2013».

L'istante ha prospettato l'illegittimità dell'aggiudicazione provvisoria perché l'avviso pubblicato dalla stazione appaltante non sarebbe tale da modificare il tenore della disciplina di gara, cosa che avrebbe richiesto la riapertura dei termini per la ricezione delle offerte e alla quale la stazione appaltante non avrebbe provveduto. Inoltre, contesta l'illegittimità dell'aggiudicazione provvisoria in quanto sarebbe stata disposta in violazione dei principi di trasparenza e *par condicio competitorum* oltre che dell'interesse pubblico sotteso all'espletamento della procedura, ponendo in evidenza che il committente non avrebbe provveduto a determinare *a priori* l'entità dei costi del personale, ma avrebbe lasciato tale incombenza al concorrente in sede di compilazione della scheda di offerta.

In sede di istruttoria procedimentale, avviata il 16.4.2014, la stazione appaltante ha difeso la legittimità del proprio operato evidenziando che è ancora in corso la fase di verifica di congruità delle offerte e che non solo l'avviso del 18.11.2013 è stato reso pubblico in modo da informare tutti i concorrenti, ma anche che è stata disposta la riapertura dei termini per la ricezione delle offerte. A sua volta, l'istante, con memoria di replica del 29.4.2014, ha insistito per l'illegittimità dell'andamento della gara sulla base delle ragioni già rappresentate.

## **Ritenuto in diritto**

La disamina della questione sollevata dall'istante attiene alla legittimità della intervenuta modifica sostanziale del bando attraverso un adeguamento dello stesso al comma 3-*bis* dell'art. 82 del d.lgs. 163/2006, introdotto dal d.l. 21 giugno 2013, n. 69 (cd. "decreto del Fare"), convertito con modificazioni dalla l. 9 agosto 2013, n. 98, (art. 32, comma 7-*bis*, legge pubblicata sulla G.U. n 194, s.o. 63, del 20.8.2013).

La nuova disposizione normativa, che ha la finalità di 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 di contratti, statuisce 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'istante articola i suoi rilievi deducendo, in sostanza, la violazione della disciplina di gara (sezione IV.2.1 del bando di gara) nella parte in cui prevedeva quanto segue: «Si avvisa che ai sensi e per gli effetti dell'art. 253 comma 20 bis del D.Lgs. 163/06, si procederà all'esclusione automatica dalla gara delle offerte anomale individuate ai sensi dell'art. 86 del D.Lgs. n. 163/2006 e s.m.i.».

Come già evidenziato in fatto, l'istante ritiene illegittima l'aggiudicazione provvisoria disposta a seguito della modifica sostanziale apportata al bando attraverso la pubblicazione *on line* di un avviso con il quale la stazione appaltante comunicava ai concorrenti che «il Responsabile Unico del Procedimento provvederà a valutare in sede di verifica di anomalia l'adeguatezza e congruità delle migliori offerte, ivi comprese quelle risultate sopra soglia di anomalia. Quanto sopra è necessario per conformare l'aggiudicazione della gara alla novella normativa introdotta dal comma 3 bis dell'art. 82 del codice appalti dal DL 69/2013».

Orbene, l'istante lamenta la mancata sottoposizione ad adeguato regime pubblicitario della modifica introdotta alla disciplina di gara e la mancata riapertura dei termini di partecipazione. Sostiene che, trattandosi di modifica sostanziale della legge di gara, l'avviso di parziale rettifica del bando e la riapertura dei termini avrebbero il carattere di vera e propria rinnovazione della *lex specialis*, con conseguente obbligo del rispetto del termine minimo di cinquantadue giorni, fissato dall'art. 70, comma 2, del d.lgs. 163/2006 per la ricezione delle offerte.

Nella memoria trasmessa, la stazione appaltante osserva che l'avviso, secondo cui non si sarebbe più provveduto all'esclusione automatica delle offerte anomale, è stato pubblicato *on line* sul profilo del committente in data 18.11.2013, immediatamente dopo la pubblicazione dell'*errata corrige* con la quale è stata sostituita la formula di calcolo applicata alla scheda di offerta con riapertura dei termini di scadenza di ricezione delle offerte per altri 18 giorni. Il disciplinare di gara (pag. 7) sarebbe stato emendato in maniera conforme alla novella normativa, con la seguente previsione: «Le suddette voci di costo saranno oggetto di verifica unitamente alla congruità dell'offerta nella fase successiva alle operazioni della Commissione giudicatrice demandata al Responsabile Unico del Procedimento per accertare il rispetto dei minimi salariali e delle misure di sicurezza aziendali». Tale modifica sarebbe stata introdotta mediante pubblicazione *on line* e trasmissione della modifica alla GURI.

Sul carattere sostanziale della modifica introdotta al dichiarato fine di adeguare la legge di gara alla novella normativa non è dato dubitare, tanto che si rendeva necessaria la modifica della scheda per la predisposizione dell'offerta, essendo richiesto ai concorrenti di precisare le voci di costo relative al personale e al costo aziendale.

Emerge dalla documentazione esaminata che la modifica sostanziale della *lex specialis* non sia stata sottoposta al medesimo regime pubblicitario previsto per il bando di gara; inoltre, la riapertura dei termini per la presentazione delle offerte ha avuto luogo per un lasso temporale inferiore a quello normativamente richiesto.

Il rilievo sollevato dall'istante deve, quindi, ritenersi fondato.

Con riferimento alla determinazione dei costi relativi al personale da parte delle aziende invece che della stazione appaltante, con l'Atto di Segnalazione n. 2 del 19 marzo 2014 già erano stati evidenziati i risvolti problematici che presenta la norma, che consente di prospettare due strade interpretative: quella secondo cui la valutazione del prezzo debba avvenire scorpendo il costo del personale dal resto delle voci indicate in sede di offerta dal concorrente, perché potrebbe avere un effetto distorsivo sulle gare d'appalto; quella secondo cui, il costo del personale, come quello relativo alla sicurezza, debbano essere determinati *ex ante* nel bando di gara dalla stazione appaltante, per sottrarli al confronto competitivo già solo per l'impossibilità per la stazione appaltante di conoscere l'effettivo costo del personale.

Come già espresso da questa Autorità nel parere di precontenzioso n. 26 del 5 agosto 2014, cui si rinvia per una più ampia trattazione della questione, a fronte delle due possibili diverse interpretazioni dell'art. 82, comma 3-*bis*, d.lgs. 163/2006, 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, la predeterminazione del costo complessivo del personale può diventare un sovrapprezzo erogato all'aggiudicatario ovvero per le ipotesi di eventuale sottostima operata dalla stazione appaltante, una penalizzazione. Quindi, 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 da quest'ultimo cui compete la definizione puntuale del costo della manodopera che lo stesso stima di dover sopportare in ragione della tipologia dell'opera in appalto.

In conclusione, sulla base della norma in esame che non specifica se i costi del personale debbano essere predeterminati dalle imprese partecipanti alla procedura di gara oppure dalla stazione appaltante, l'indirizzo di questa Autorità è nel senso che la scelta concreta compiuta dalla stazione appaltante di onerare i concorrenti della definizione del costo del personale sia conforme alla normativa del codice dei contratti.

In base a tutto quanto sopra considerato,

## **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione:

- che la modifica sostanziale apportata alla legge di gara dovesse essere soggetta al regime pubblicitario previsto per il bando e dovesse garantire che la riapertura dei termini per la presentazione delle offerte fosse soggetta ad un lasso temporale non inferiore a quello normativamente richiesto;
- che la modifica sostanziale apportata sia conforme all'art. 82, comma 3 bis, del d.lgs. 163/2006 in quanto compete al concorrente la definizione puntuale del costo della manodopera che lo stesso stima di dover sopportare in ragione della tipologia dell'opera in appalto.

Il Presidente f.f.  
Francesco Merloni

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 15 ottobre 2014  
Il Segretario Maria Esposito