

## **Unità Tecnica Finanza di Progetto – CIPE – PCM**

### **Consultazione on line. Prime indicazioni sui bandi tipo: tassatività delle cause di esclusione e costo del lavoro**

**Audizione presso l'Autorità per la vigilanza sui contratti di lavori, servizi e forniture del 29 settembre 2011**

#### **La scorporabilità dei costi della manodopera pone dei problemi applicativi**

1. Le osservazioni che seguono riguardano la Parte III – Il costo del personale del documento di consultazione “Prime indicazioni sui bandi tipo: tassatività delle clausole di esclusione e costo del lavoro” (Documento) predisposto dall’AVCP per l’audizione che si svolgerà il prossimo 29 settembre 2011. Il paragrafo III del Documento ha come oggetto la riflessione sulla portata interpretativa e applicativa della novella rappresentata dall’art. 81, comma 3-bis del D.Lgs. 163/2006 (Codice).

2. Il tema è quello della scorporabilità dei costi del personale dall’offerta economica per evitare che questi siano assoggettati a ribasso; la finalità dichiarata è di tipo “sociale” e, cioè, di preservare i minimi salariali dalle riduzioni indotte dalla pressione concorrenziale in sede di offerta. E’ stato evidenziato come questa linea interpretativa generi complessi problemi applicativi quando non sia possibile l’extrapolazione della quantità complessiva di lavoro dalla commessa pubblica: in caso di appalto integrato, quando a base di gara ci sono livelli di progettazione preliminari e definitivi, così come negli appalti di forniture o in quelli a c.d. bassa intensità di lavoro e, qui si può aggiungere, anche il caso di gare in finanza di progetto bandite solo sulla base di uno studio di fattibilità.

#### **L’interpretazione alternativa dell’AVCP per superare le difficoltà emerse**

3. Per superare queste difficoltà il Documento prospetta un’interpretazione alternativa: non si deve scorporare nel bando il costo del personale dall’offerta economica quanto, invece, sono i concorrenti che devono formulare l’offerta in modo tale da rispettare i minimi salariali. La verifica della compliance verrà effettuata a valle dalla stazione appaltante nei confronti del solo aggiudicatario. Questa analisi di congruità del rispetto dei minimi salariali prima “scattava” solo all’esito del superamento della soglia di anomalia, innescando l’omonimo procedimento, ora, invece, verrebbe espletata sempre.

4. Le riflessioni che seguono tendono ad avvalorare l’interpretazione alternativa prospettata dall’AVCP nel Documento su due piani: a) quello strettamente normativo; b) quello di efficienza collegato alla valutazione dell’offerta nelle gare per l’affidamento di contratti complessi, segnatamente quelli che rientrano nella definizione di contratti di partenariato pubblico-privato, elencati nell’art. 3, comma 15-ter del Codice.

#### **L’interpretazione alternativa ha una solida “copertura” normativa**

5. L’interpretazione alternativa sembra avere una convincente copertura normativa. Infatti l’art. 81, comma 3-bis, si limita a indicare come deve essere l’offerta migliore e, cioè, determinata (melius formulata) al netto delle spese relative al costo del personale. Non appare corretto far discendere

dalla prescrizione sulla struttura dell'offerta, la necessità di scorporare i costi del personale nel bando per non assoggettarli al ribasso. E' dirimente in tal senso il confronto con i costi per la sicurezza, che sono parimenti citati nell'art. 81, comma 3-ter, tanto che per essi vale il medesimo "ammonimento" di considerarli al netto nella strutturazione dell'offerta, ma nei loro confronti l'art. 86, comma 3-ter opera una riserva esplicita: "il costo relativo alla sicurezza non può essere soggetto a ribasso d'asta". Questa prescrizione normativa, che evidentemente rende illegittimi i bandi che non si adeguano, consente, invece, di escludere l'obbligo per le amministrazioni pubbliche di dover procedere con lo stesso metodo per i costi del personale. La mancanza nel Codice di una previsione esplicita di non assoggettare a ribasso i costi del personale orienta in modo decisivo per l'interpretazione alternativa di valutarli nell'offerta dell'aggiudicatario.

... ma rimane una scelta opzionale della PA

6. La scelta di estrapolare i minimi salariali diviene, così, una consentita opzione amministrativa della stazione appaltante, che deciderà di volta in volta se applicare o meno in relazione alle circostanze. Nel capitolo conclusivo sono suggeriti alcuni criteri per orientare la PA nella scelta concreta tra l'indicazione dei minimi salariali nel bando non soggetti a ribasso (opzione ex ante) o la valutazione di congruità dei minimi salariali nelle offerte (opzione ex post).

### **La salvaguardia dei minimi salariali è una norma imperativa**

7. La salvaguardia dei minimi salariali negli appalti pubblici sembrerebbe una norma imperativa e inderogabile indipendentemente da come venga risolta la verifica di congruità: o ex ante, con lo scorporo dei valori salariali in bando non assoggetandoli a ribasso, o ex post, in sede di verifica dell'offerta vincente prima dell'aggiudicazione. L'evidenza dell'imperatività risiede nelle prescrizioni sulla verifica delle offerte anomale, infatti l'art. 87, comma 3 del Codice sancisce che "non sono ammesse giustificazioni in relazione a trattamenti salariali minimi stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge" e prima l'art. 86, comma 3-bis del Codice indica proprio come la legge rimetta alla contrattazione collettiva il compito di fissare quei minimi. Ora, salvo di non ritenere la necessità di rispettare i minimi salariali nell'offerta una casualità rimessa all'attivazione del procedimento di anomalia, poiché questo si innesca solo all'avverarsi di circostanze ben definite (vedi art. 86, comma 1 e 2 del Codice), allora si deve ritenere che quella inderogabilità sia cogente nella formulazione delle offerte.

### **L'interpretazione ha vigenza anche in caso di soppressione dell'art. 81, comma 3-bis**

8. Anche nel caso in cui l'art. 81, comma 3-bis dovesse essere espunto dal Codice l'opzione amministrativa di verifica della congruità ex ante o ex post rimane intatta per la PA. Come l'art. 81, comma 3-bis non obbliga ad inserire i minimi salariali nel bando per sottrarli al ribasso, così la sua rimozione non vieta questa pratica. La PA è libera di scegliere la strada più efficiente per raggiungere lo scopo posto dalla norma imperativa.

### **L'interpretazione ha la sostenibilità dei principi comunitari**

9. Un'altra riflessione riguarda la sostenibilità dell'imposizione del rispetto dei minimi salariali negli appalti pubblici ai principi concorrenziali comunitari; in altre parole se sia coerente con le direttive comunitarie sottrarre alla competizione lo "zoccolo duro" di valore salariale corrispondente ai minimi inderogabili. E' sufficiente notare come l'art. 69 del Codice, in cui sono trasfusi l'art. 26 dir. 2004/18 e l'art. 38 dir. 2004/17, stabilisce al comma 1 che "le stazioni appaltanti possono esigere particolari condizioni per l'esecuzione del contratto ..." e al comma 2 che "dette condizioni possono attenersi, in particolare, a esigenze sociali o ambientali". La

sensibilità sociale delle direttive comunitarie ha oramai da tempo introdotto un regolare percorso per sottrarre al sistema concorrenziale ambiti o finalità sociali che si vogliono preservare.

Come è stato visto il rispetto dei minimi salariali nelle offerte di gare pubbliche è oggetto di una norma di legge imperativa e ciò attribuisce una finalità sociale alla riserva che impone l'esclusione dai ribassi di gara in regime concorrenziale; si tratta proprio dell'imposizione di particolari condizioni riguardanti esigenze sociali per l'esecuzione del contratto ex lege, contemplata dall'art. 69, commi 1 e 2 del Codice, e non rimessa alla lex specialis delle stazioni appaltanti.

### **L'efficienza dell'interpretazione nell'affidamento di contratti complessi**

10. L'impatto di questa interpretazione alternativa sul piano dell'efficienza complessiva della gara è notevole, coinvolgendo sia il tema della valutazione dell'offerta da parte della stazione appaltante ma, soprattutto, quello della veridicità e serietà delle offerte e dei piani economico-finanziari (PEF) che riflettono i dati di input.

11. Questa riflessione riguarda in particolar modo, come accennato, tutti i contratti di partenariato pubblico-privato: concessione di lavori, concessione di servizi, locazione finanziaria, le società miste, l'affidamento a contraente generale quando il corrispettivo sia in tutto o in parte posticipato e collegato alla disponibilità dell'opera – invero l'art. 3, comma 15-ter del Codice cita anche l'affidamento di lavoro mediante finanza di progetto, confondendo il procedimento in finanza di progetto con il contratto, che di norma è di concessione di lavori – ebbene questi contratti di partenariato pubblico-privato sono tutti contratti complessi.

12. Gli elementi costitutivi di un contratto complesso sono il progetto, il contratto e il PEF, ricordando come i tre gli elementi siano strettamente correlati ed interdipendenti per i vincoli generati dai costi, dalle necessità finanziarie e dai profili temporali.

13. Ogni offerta dei competitors in una gara per l'affidamento di un contratto di partenariato pubblico-privato determina, per la peculiare combinazione dei tre elementi costitutivi, un assetto unico ed originale con un elevato grado di complessità.

14. La previsione chiaramente regolatoria di un controllo sull'offerta vincente sul rispetto dei minimi salariali condizionerà i concorrenti a confezionare la proposta rispettosa di tali costi minimi.

15. Si deve sottolineare come questa interpretazione abbia l'effetto diretto di imporre ai concorrenti la redazione di un PEF sulla base di input veridici aderenti non ai costi di manodopera standard o a valori parametrici, ma effettivamente tarati sull'assetto organizzativo proprio dell'operatore economico che ha presentato l'offerta. La prescrizione regolatoria conferirebbe serietà e realistica alla proposta nei contratti complessi, in prima battuta al PEF ma poi per le indicate interrelazioni con gli altri elementi costitutivi del contratto alla proposta nel suo complesso.

16. L'utilità di questa interpretazione è accentuata dal fatto che nelle operazioni in finanza di progetto l'asseverazione bancaria da prestarsi al momento della presentazione dell'offerta non assolve il compito di verificare la veridicità dei dati di input. La stessa AVCP nell'atto di regolazione n. 14/2001 precisa questa linea interpretativa per cui la veridicità dei dati di input e la verifica del rispetto di eventuali vincoli inderogabili alla costruzione del PEF non sono rimessi all'attività di asseverazione.

17. La sentenza TAR Campania 9571/2004 mette in fila tutte queste considerazioni: che la stazione appaltante deve accertare la coerenza e la veridicità del PEF, che l'asseverazione costituisce

presupposto di partenza della valutazione e non sostituisce la verifica di congruità della stazione appaltante, che la verifica dell'anomalia è inutile (e non prevista) quando la stazione appaltante ha la piena responsabilità e deve procedere alla verifica di sostenibilità del PEF, che la commissione di gara o la stazione appaltante verificata l'insostenibilità del PEF deve prendere i necessari provvedimenti di esclusione. Come si vede per le operazioni in PPP la verifica dei vincoli inderogabili (e non solo) passa per la verifica di sostenibilità del PEF in fase di valutazione delle offerte; esiste già in questi procedimenti uno spostamento ex post dell'analisi di veridicità, sostenibilità e rispetto dei vincoli inderogabili per la redazione di un PEF.

18. Con il terzo correttivo al Codice la specificazione dei criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa (OEV) ha reso ancor più chiara la fase di monitoraggio della congruità dell'offerta e in generale del rispetto dei vincoli inderogabili che sono il presupposto della valutazione delle offerte.

19. Quando si parla di contratti complessi i riferimenti normativi dell'offerta OEV per i procedimenti in finanza di progetto nel Codice sono rinvenibili nelle disposizioni dell'art. 153. Infatti, ai sensi dell'art. 153, comma 4 del Codice, "le amministrazioni aggiudicatrici valutano le offerte presentate con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa di cui all'art. 83". Il Legislatore pur facendo propri i vincoli classici imposti alla discrezionalità dall'OEV ha comunque tenuto conto della specificità dei contratti (e dei procedimenti) complessi con alcune prescrizioni tra cui quella, che interessa in questa sede, indicata al comma 5 dell'art. 153 del Codice, riguardante i criteri di valutazione.

20. I tradizionali criteri di valutazione dell'OEV, elencati dalla lett. a) alla lett. o) dell'art. 83, comma 1 del Codice, sono stati estesi "agli aspetti relativi alla qualità del progetto preliminare presentato, al valore economico e finanziario del piano e al contenuto della bozza di convenzione". Questi criteri di valutazione qualitativi devono intendersi obbligatori e non esemplificativi, senza la possibilità di essere omessi secondo le circostanze, come invece è possibile per quelli indicati dall'art. 83 del Codice.

21. Il valore del PEF passa in prima battuta per la verifica del rispetto dei vincoli inderogabili posti dal legislatore, come nel nostro caso per il rispetto ai minimi salariali, o dalla stazione appaltante, per poi procedere alla valutazione qualitativa vera e propria.

### **Si può spingere la competizione al miglioramento dei minimi salariali**

22. Qualora nel bando sia indicato che il punteggio del sub-criterio sul valore del PEF è attribuito in presenza di un incremento dei minimi salariali, potrebbe innescarsi una competizione al miglioramento delle condizioni sociali dei dipendenti dell'impresa che concorre.

### **Le questioni aperte dell'interpretazione alternativa**

23. Sull'argomento sono tre le questioni che il Documento lascia aperte che devono avere una risposta per i riflessi sulla praticabilità effettiva dell'interpretazione: a) chi esercita la verifica di congruità e in quale momento; b) quale sia il procedimento da seguire; c) quali siano le conseguenze in caso di violazione della prescrizione di rispetto dei minimi salariali.

### **Chi esercita la verifica di congruità dei minimi salariali ?**

24. L'analisi potrebbe farla la stazione appaltante nella fase successiva all'aggiudicazione provvisoria condizionata all'approvazione dell'organo competente ai sensi dell'art. 12, comma 1 del

Codice. Oppure, qualora si accedesse al fatto che la valutazione qualitativa del PEF come criterio dell'OEV passi anche per la verifica del rispetto dei minimi salariali, allora almeno la segnalazione di anomalia ai fini dell'esclusione dell'offerta sarebbe in capo alla commissione di gara. In quest'ultimo caso l'analisi di congruità verrebbe fatta su tutte le offerte presentate.

### **Quale procedimento seguire ?**

25. Il procedimento da seguire dovrebbe essere quello analogo alla verifica di anomalia dell'offerta;

### **Quale sanzione in caso di violazione dei minimi salariali ?**

26. L'indicazione della conseguenza della violazione del rispetto dei minimi salariali nel bando è importante, perché rappresenta il deterrente/incentivo per le imprese a non avventurarsi nel terreno del moral hazard e a spingerle a formulare delle offerte corrette. La correttezza deve riflettersi sia con riguardo al rispetto dei minimi salariali, come alla necessaria riferibilità ad una precisa struttura organizzativa messa a servizio di quella commessa ed, infine, alla produttività propria dell'impresa che ha formulato l'offerta. In altre parole l'impresa non dovrebbe avere spazi per sottrarre risorse al costo del personale in fase post-contrattuale per generare extra profitti.

27. La sanzione non può essere che quella dell'esclusione dalla gara o la revoca dell'aggiudicazione, a seconda del momento in cui è rilevato il mancato rispetto dei minimi salariali.

### **Suggerimenti per la scelta alternativa tra lo scorporo dei minimi salariali in bando e la successiva verifica di congruità dell'offerta**

28. Le riflessioni conclusive coinvolgono un altro tema centrale del public procurement, quello della discrezionalità amministrativa e, in particolare, l'esercizio della discrezionalità amministrativa in rapporto alla capacità di ciascuna stazione appaltante di gestire il procedimento di gara. La capacità di gestire il processo di gara è una variabile dipendente dalla competenza e dall'esperienza del soggetto aggiudicatore in rapporto alla complessità della procedura di aggiudicazione e del contratto da affidare.

L'obiettivo di non sottoporre a ribasso i costi del personale è raggiungibile con due percorsi, ciascuno con delle peculiarità, sono alternativi e non hanno un grado di efficienza/efficacia assoluto ma relativo al contesto in cui sono calati.

29. La decisione di inserire nel bando l'estrapolazione dei costi del personale e non assoggettarli a ribasso è una opzione possibile da perseguire tutte le volte in cui ci siano delle lavorazioni standardizzate e l'estrazione del costo del lavoro non crei problemi attuativi; è comprensibile come questa soluzione sia facile da gestire ed efficiente nell'economia della gara, ed è valida qualora i dati parametrici per lo scorporo del costo del lavoro rappresentino delle buone approssimazioni con il dato reale.

30. Quando, invece, il contratto da aggiudicare sia estremamente complesso ed innovativo oppure sia difficile o impossibile identificare la quantità di lavoro, allora sarebbe opportuno rimettere agli stessi concorrenti l'onere di costruire l'offerta tenendo conto dei minimi salariali. La competenza della PA nella gestione di procedimenti e di contratti complessi o nelle gare in cui sia difficile o impossibile individuare il costo del lavoro, si deve spingere a controllare la congruità delle offerte ex post, o in sede di analisi ai fini dell'applicazione dei criteri dell'OEV oppure di controllo della sola offerta vincente come condizione sospensiva all'aggiudicazione definitiva.

