



DELIBERA N. 154

19 aprile 2023

Oggetto

Istanza congiunta di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata dalla società Edilcar Srl e da Agrorinasce Scrl-Agenzia per l'innovazione, lo sviluppo e la sicurezza del territorio – Lavori di realizzazione delle opere infrastrutturali interne - Strade di accesso nord, ovest, sud e parcheggi d'ingresso - Lotto 1 - 1° Stralcio funzionale - Riqualficazione del Parco agroalimentare del complesso "La Balzana", bene confiscato sito nel Comune di Santa Maria la Fossa (CE) – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa – Importo a base di gara: euro 5.380.988,21 – S.A.: Agrorinasce Scrl-Agenzia per l'innovazione, lo sviluppo e la sicurezza del territorio.

UPREC-PRE503-2023-L-PREC-PB

Riferimenti normativi

Artt. 23, comma 16, 95, comma 10 e 97, comma 5, lett. d) del d.lgs. n. 50/2016

D.M. n. 143 del 25/06/2021

Parole chiave

Verifica congruità costo del personale – Stima costo della manodopera ai sensi dell'art. 23, comma 16 d.lgs. 50/2016 – Costo reale della manodopera – Distinzione tra verifica obbligatoria ex art. 95, comma 10 e verifica eventuale anomalia dell'offerta ex art. 97 d.lgs. 50/2016.

Massima

Non massimabile



Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 19 aprile 2023

DELIBERA

VISTA l'istanza singola presentata dalla società Edilcar Srl, acquisita al prot. gen. ANAC n. 0020089 del 13.3.2023, e la successiva adesione all'istanza di precontenzioso in oggetto, comunicata dalla Stazione appaltante, Agrorinasce Scrl, con apposito modulo acquisito al prot. gen. ANAC n. 0025621 del 30.3.2023;

CONSIDERATO che la società istante, in qualità di seconda classificata, contesta la legittimità del procedimento con il quale il RUP, nell'ambito della verifica di congruità dell'offerta della società prima classificata (Appalti Di Bello Srl) svolta ai sensi dell'art. 97, comma 5, lett d) del Codice e concernente la verifica dell'effettiva applicazione dei minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle di cui all'articolo 23, comma 16, è giunto ad una conclusione positiva circa la congruità di tale offerta;

CONSIDERATO che secondo la società istante il RUP *«avrebbe dovuto confrontare il monte ore di progetto – ricavandolo in maniera indiretta, così come ha fatto la scrivente attraverso le semplici operazioni matematiche sopra riportate – con il monte ore dichiarato dal concorrente aggiudicatario e verificare i motivi per i quali il concorrente aggiudicatario lo abbia ridotto del 76,458%. Il RUP, invece, come risulta dal verbale di verifica dei giustificativi relativi al costo della manodopera del 29/12/2022, non ha effettuato tale valutazione, ma si è limitato a verificare che l'incidenza del costo della manodopera dichiarato dal concorrente è superiore rispetto alla percentuale d'incidenza prevista dalla tabella del Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali n. 143 del 25/06/2021. L'enorme riduzione del monte ore operata dal concorrente aggiudicatario non è stata supportata da alcuna giustificazione, se non quella relativa alla breve distanza della propria sede secondaria dal cantiere (circa 3 km)»;* la quale – sempre a giudizio della parte istante – *«può incidere, semmai, sui tempi di trasferimento del materiale e della manodopera dalla sede al cantiere e viceversa, ma certamente non può incidere sui tempi di esecuzione dei lavori in cantiere. La stima del costo della manodopera, infatti, è basata solo sul tempo necessario per eseguire la lavorazione (si veda l'esempio del ferro di armatura sopra riportato), e non tiene conto del tempo necessario per il trasporto dei materiali e del personale dalla sede al cantiere e viceversa»;*

CONSIDERATO che la società istante, conseguentemente, pone all'Autorità, i seguenti quesiti di diritto:

- 1) nel caso in cui il RUP verifichi che il costo del personale dichiarato dal concorrente aggiudicatario rispetti gli "indici di congruità" di cui al DM n. 143 del 25/06/2021, se possa ritenersi automaticamente superata con esito positivo la verifica di cui all'art. 95 comma 10 del D.lgs. 50/2016;
- 2) nel caso in cui il progetto esecutivo non specifichi il "monte ore complessivo", ma consenta comunque di poterlo ricostruire tramite semplici operazioni aritmetiche (cioè moltiplicando le "quantità" previste dal computo metrico estimativo per la "quantità di tempo" prevista dalle schede di analisi allegate al progetto e al Tariffario Regionale Campania anno 2022), se sia compito del RUP, o comunque della stazione appaltante, effettuare tale ricostruzione al fine di poter verificare che il monte ore complessivo dichiarato dal concorrente non si discosti da quello previsto in progetto;
- 3) poiché le tabelle retributive pubblicate sul sito del Ministero del lavoro che si riferiscono al settore Edilizia risalgono agli anni 2019 e 2020, e quindi non rispecchiano più i valori minimi retributivi



attualmente vigenti (ad esempio nel mese di Marzo 2022 è stato sottoscritto un nuovo accordo di rinnovo del il CCNL Edilizia), se sia corretto fare ancora riferimento alle tabelle attualmente pubblicate sul sito del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, oppure occorra far riferimento ai valori minimi retributivi effettivamente vigenti alla data di scadenza del termine per la presentazione delle offerte;

CONSIDERATO che secondo la Stazione appaltante, anche alla luce del parere rilasciato dal proprio legale, interrogato dalla stessa S.A. in ordine alle contestazioni avanzate dall'odierna istante in fase di gara, il procedimento di verifica di congruità dei costi della manodopera emergenti dall'offerta della società prima classificata è stato correttamente svolto e quindi «...i valori indicati dalla Società Appalti Di Bello S.r.l. paiono congrui e i relativi chiarimenti che si allegano sub F appaiono esaustivi», in quanto «La stima del costo della manodopera da parte della Stazione Appaltante è finalizzata ad individuare una componente dell'importo a base di gara nei contratti di lavori e servizi, così come previsto dall'art. 23, comma 16 del Codice» e perciò è finalizzata ad una «giusta ed attendibile costruzione della base d'asta, tale da consentire ai futuri concorrenti di presentare un'offerta che garantisca loro un'equa remunerazione del personale e un giusto utile di impresa[...] Proprio per queste ragioni, il costo del lavoro stimato dalla Stazione Appaltante non è "immodificabile", ma ogni operatore economico dovrà indicare, all'interno dell'offerta economica, i costi del personale che stima di sostenere nel corso di esecuzione dell'appalto e che si basa su calcoli legati all'organizzazione del lavoro che l'operatore intende mettere effettivamente in campo in caso di aggiudicazione dell'appalto»; con la conseguenza che «la Stazione Appaltante dovrà verificare che le retribuzioni effettivamente corrisposte ai lavoratori dell'operatore economico, risultanti dalla documentazione probatoria presentata in sede di richiesta di chiarimenti, non siano inferiori ai minimi salariali definiti nei contratti collettivi più rappresentativi a livello nazionale, consistendo quest'ultima circostanza l'unica motivazione prevista dal Codice ai fini dell'esclusione di un'offerta per non congruità del costo della manodopera, non rilevando neppure che il costo della manodopera dichiarato dall'operatore economico non coincida con la stima fatta dall'Amministrazione in fase progettuale»;

CONSIDERATO che la società Appalti di Bello Srl, oltre a citare giurisprudenza analoga a quella menzionata dalla Stazione appaltante a proprio scarico, si difende sostenendo, innanzitutto, che la società istante «non ha comprovato mediante un percorso logico descrittivo, supportato da elementi certi ed incontrovertibili, l'incongruità dell'offerta come formulata dall'aggiudicatario» avendo «formulato contestazioni ipotetiche e frammentarie senza rappresentare alcun profilo di illegittimità degli atti adottati dall'Ente appaltante»; in secondo luogo, che «i quesiti posti dall'istante [sono] di natura itinerante ed atomistici rispetto alle esigenze istruttorie emerse nella conclusione del procedimento amministrativo»; e, infine, che «La valutazione delle giustifiche da parte del RUP rientra nella discrezionalità tecnica riconosciuta a tale preposto organo. Le censure che attengono al merito di tale valutazione (seppure opinabile) sono inammissibili, perché sollecitano, nel caso in esame l'Autorità ad esercitare un sindacato sostitutivo; viceversa, il ruolo dell'Autorità consiste nell'evitare l'insorgere di controversie e intervenire per fornire chiarimenti normativi laddove acquisisca dal richiedente motivazioni di parere chiare con eventuale supporto documentale nel caso in cui è messo in discussione il corretto operato degli organi della P.A.»;

VISTO l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 17.3.2023;

VISTA la documentazione in atti e le memorie delle parti;



RITENUTO che il parere può essere reso ai sensi dell'art. 11, commi 3 e 5 del 'Regolamento in materia di pareri di precontenzioso di cui alla delibera del Consiglio n. 10 del 9 gennaio 2019, come modificato dalla delibera n. 528 del 12 ottobre 2022';

CONSIDERATO che il costo della manodopera ed il relativo calcolo assumono rilevanza in due momenti distinti delle procedure di gara: ai sensi dell'art. 25, comma 16 del Codice la stima del costo del lavoro viene effettuata dalla Stazione appaltante ai fini della progettazione complessiva dell'appalto e, in particolare, per l'individuazione del corretto importo da porre a base di gara, di cui rappresenta una componente significativa; ai sensi dell'art. 95, comma 10 del Codice per imporre agli operatori economici che partecipano alle gare di indicare *«i propri costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro»*, anche per consentire alle Stazioni appaltanti di verificare che il costo del personale non sia inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle di cui all'articolo 23, comma 16 d.lgs. 50/2016;

CONSIDERATO, quindi, che il costo del lavoro calcolato dall'Amministrazione committente, stante la finalità sopra descritta, sebbene costituisca un importante parametro di riferimento per il calcolo del costo "reale" è meramente indicativo e dunque modificabile dagli operatori economici in base alla propria peculiare organizzazione aziendale, la cui libera progettazione e applicazione al singolo appalto per cui si concorre è riconosciuta e garantita dal principio costituzionale della libertà di impresa;

CONSIDERATO – come correttamente ricorda la Stazione appaltante – che la giurisprudenza amministrativa ha più volte evidenziato *che «occorre infatti distinguere il concetto di "minimi salariali", indicati nelle apposite tabelle ministeriali (cd. trattamento retributivo minimo), da quello di "costo orario medio del lavoro" risultante dalle tabelle ministeriali. Soltanto per il primo, in caso di sua violazione, vale la sanzione dell'esclusione dell'offerta stabilita dall'art. 97, comma 5, del d.lgs. n. 50/2016, in quanto l'offerta che non rispetti i suddetti minimi salariali è considerata ex lege anormalmente bassa»* (v. Tar Piemonte, Sez. I, 23.11.2020, n.75);

RILEVATO che le valutazioni effettuate dalla Stazione appaltante o, come nel caso di specie, dal RUP, che rientrano nell'ambito dell'esercizio della discrezionalità amministrativa sono – come ben noto – soggette al sindacato del giudice amministrativo e, nelle materie di propria competenza, dell'Autorità solo per manifesta illogicità, irrazionalità, irragionevolezza, arbitrarietà ovvero se fondate su di un altrettanto palese e manifesto travisamento dei fatti, non essendo ammesso dall'ordinamento che un organo giudicante possa sostituirsi alle valutazioni di merito compiute da un organo amministrativo nell'esercizio dei propri poteri decisionali anche in ragione del principio di separazione tra i poteri dello Stato (sull'ampio tema della discrezionalità tecnica/amministrativa della Pubblica Amministrazione e sul tipo di controllo che può essere realizzato su di essa, cfr. Consiglio di Stato, Parere 30 novembre 2020, n. 1958);

RITENUTO, in ragione di quanto precede, con riferimento al primo quesito posto dalla società istante, di concludere nel senso che non sussiste alcun automatismo tra il rispetto degli "indici di congruità" di cui al DM n. 143 del 25/06/2021 e il superamento con esito positivo della verifica di cui all'art. 95 comma 10 del D.lgs. 50/2016; tuttavia tali indici non possono non essere considerati come un importante parametro di valutazione soprattutto se, come nel caso che ci occupa, la percentuale del costo del lavoro rispetto all'importo complessivo offerto dall'aggiudicataria è superiore all'indice di riferimento (21,543% contro il 13,77%) e tale percentuale è anche superiore a quella stimata dalla Stazione appaltante in fase di progettazione (corrispondente al 19,903%);

RITENUTO, in merito al secondo quesito, che – ribadito che il calcolo del costo del lavoro operato durante la fase progettuale dalla Stazione appaltante non può che basarsi su valutazioni generali



dell'organizzazione di impresa e su costi medi che possono discostarsi anche significativamente dai costi reali sostenuti dagli operatori economici anche in relazione a tempistiche lavorative ottimizzate sulla base di una peculiare organizzazione aziendale – la valutazione del monte ore complessivo per l'esecuzione delle lavorazioni – estrapolato, peraltro, dalla società istante mediante calcoli basati sulle informazioni e indicazioni contenute nella documentazione di gara, ancorché in essa mai indicato espressamente e dettagliatamente – risente, come il costo del lavoro, di un calcolo generico effettuato dall'Amministrazione committente, che, come detto, non rispecchia il monte ore complessivo che deve essere necessariamente impiegato per la corretta esecuzione delle prestazioni contrattuali previste; conseguentemente, è ammissibile che esso, nel calcolo effettivo compiuto dall'aggiudicataria sulla base della propria organizzazione aziendale, sia inferiore a quello stimato dalla Stazione appaltante in fase di progettazione (v., *ex multis*, Consiglio di Stato, sez. V, 13.11.2020 n. 6987, che in merito ad una controversia analoga ha affermato che *«la sostenibilità del costo del lavoro va (correttamente) verificata tenendo conto che siffatte ore configurano ore teoriche, mentre il costo orario medio da considerare ai fini della verifica di anomalia va determinato in relazione alle ore effettivamente lavorate dal dipendente»*);

RITENUTO, infine, relativamente al terzo e ultimo quesito, che la Stazione appaltante, ai fini della verifica della congruità dell'offerta e dell'aggiudicazione definitiva, non può che tener conto delle Tabelle retributive vigenti al momento della progettazione e indizione della gara, non potendo essere obbligata a tener conto di ogni eventuale variazione prevista dalla contrattazione collettiva, per giunta, come nel caso di specie, non ancora assorbita in nuove Tabelle ministeriali, che dovesse verificarsi tra l'inizio e la fine del termine per la presentazione delle offerte, atteso che, da un lato, il legislatore ha previsto come parametro di riferimento proprio tali Tabelle e non anche la sola contrattazione collettiva e, dall'altro, che è obbligo dell'appaltatore applicare ai lavoratori occupati nell'esecuzione delle opere oggetto di affidamento condizioni normative e retributive non inferiori a quelle risultanti dai contratti collettivi di lavoro nazionali e locali applicabili alla data di aggiudicazione dell'appalto stesso, nonché le condizioni risultanti dalle successive modifiche e integrazioni dei contratti collettivi che venissero successivamente stipulati;

RILEVATO, infine, che a giustificazione del proprio operato il RUP stesso, nel respingere l'istanza di riesame in autotutela della valutazione di congruità presentata dalla società odierna istante prima della richiesta di parere in oggetto, ha affermato che *«Nel caso di specie, alla luce delle giustificazioni presentate dall'operatore economico, sono stati presi in considerazione i dati ANCE Napoli dell'ottobre 2022, rispetto a quelli che avrebbero dovuto essere applicati dall'azienda in esame in quanto attualmente occupa meno di 15 dipendenti (come da DGUE), comunque di poco dissimili al costo medio orario di cui alla Tabella D.M. n. 26/2020, riferito alla Provincia di Caserta e aggiornata al maggio 2019 (i cui costi sono similari), così come anche rispetto al costo medio orario in vigore dal 1° gennaio 2023, indicato nelle più recenti Tabelle ANCE. Pertanto, tali giustificazioni a parere dello scrivente, per quanto anzidetto, debbono ritenersi ammissibili; inoltre, il costo del personale indicato dall'operatore appare coerente rispetto a quanto previsto dal D.M. 143/2021 dettato in tema di verifica di congruità della manodopera impiegata nei lavori edili, per la quale mi sono già espresso»*, così dando atto di aver svolto anche le ulteriori verifiche richieste dalla Edilcar, da cui – come detto – non emergono macroscopiche illogicità, incongruità o arbitrarietà di giudizio, ma delle quali, in ogni caso, il RUP stesso si assume la responsabilità a tutti i fini di legge,



Il Consiglio

ritiene, sulla base di tutte le motivazioni che precedono, che l'operato della Stazione appaltante e del RUP sia conforme alla vigente normativa in materia di verifica della congruità dell'offerta con specifico riferimento al costo della manodopera ai sensi dell'art. 95, comma 10 del Codice.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 26 aprile 2023

Il Segretario Valentina Angelucci

Atto firmato digitalmente