

15 gennaio 2009

Oggetto : Consorzio Sicurezza TEAM - quesito su art. 86, comma 3 bis, del D. Lgs. n. 163/2006

In esito a quanto richiesto con nota del 21.10.2008 si comunica che il Consiglio dell'Autorità nell'adunanza del 14-15 gennaio 2009 ha approvato le seguenti considerazioni.

Al fine di definire la problematica rappresentata, sembra opportuno in via preliminare rilevare che nella verifica della sostenibilità dell'offerta, il costo della mano d'opera assume una valenza centrale, così come ribadito dall'intervenuta disciplina della legge 3 agosto 2007, n. 123 recante "Misure in tema di tutela della salute e della sicurezza sul lavoro e delega al Governo per il riassetto e la riforma della normativa in materia" che ha introdotto nell'art. 86 del Codice il comma 3 bis, ai sensi del quale "nella predisposizione delle gare d'appalto e nella valutazione dell'anomalia delle offerte nelle procedure di affidamento di appalti di lavori pubblici, di servizi e forniture, gli enti aggiudicatori sono tenuti a valutare che il valore economico sia adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro e al costo relativo alla sicurezza, il quale deve essere specificatamente indicato e risultare congruo rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi o delle forniture". La legge n. 123/2007 sopra indicata ha, altresì, introdotto nell'art. 86 del Codice il comma 3 ter, ai sensi del quale "Il costo relativo alla sicurezza non può essere comunque soggetto a ribasso d'asta".

La predetta disposizione deve essere correlata con il successivo articolo 87, il quale stabilisce che quando un'offerta appare anormalmente bassa, la stazione appaltante richiede all'offerente le giustificazioni, eventualmente necessarie in aggiunta a quelle già presentate a corredo dell'offerta, ritenute pertinenti in merito agli elementi costitutivi dell'offerta medesima. Tra tali giustificazioni il comma 2 annovera, alla lettera g), "il costo del lavoro come determinato periodicamente in apposite tabelle dal Ministro del lavoro e delle politiche sociali, sulla base dei valori economici previsti dalla contrattazione collettiva stipulata dai sindacati comparativamente più rappresentativi, delle norme in materia previdenziale e assistenziale, dei diversi settori merceologici e delle differenti aree territoriali; in mancanza di contratto collettivo applicabile, il costo del lavoro è determinato in relazione al contratto collettivo del settore merceologico più vicino a quello preso in considerazione".

Non sono, invece, ammesse giustificazioni in relazione a trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge (comma 3) né in relazione agli oneri di sicurezza, al piano di sicurezza e coordinamento ed alla relativa stima dei costi (comma 4). Nella valutazione dell'anomalia la stazione appaltante tiene conto dei costi relativi alla sicurezza, che devono essere specificamente indicati nell'offerta e risultare congrui rispetto all'entità e alle caratteristiche dei servizi o delle forniture.

Dal combinato disposto delle disposizioni sopra richiamate emerge, dunque, che il costo del lavoro, determinato sulla base delle indicazioni del Ministero, costituisce una componente dell'offerta rispetto alla quale - fermo restando il trattamento salariale minimo inderogabile previsto dalla contrattazione collettiva - deve essere comunque consentita la possibilità di presentare giustificazioni, sia anticipatamente a corredo dell'offerta ex art. 86 comma 2 lettera g) del D. Lgs. n. 163/2006, sia successivamente in sede di verifica di congruità ex art. 87 D. Lgs. n. 163/2006.

Infatti, non è stato previsto che nell'ipotesi di un seppur minimo contrasto con le tabelle predisposte dal Ministero, l'offerta debba essere automaticamente considerata anomala, ma alla stazione appaltante è imposto di valutare le giustificazioni all'uopo fornite dal concorrente in relazione ai parametri fissati dal Ministero stesso.

Con riguardo alla valenza delle tabelle sul costo del lavoro, è stato autorevolmente precisato (C.d.S., sez. VI, 21.11.2002, n. 6415, Trentino Alto Adige Trento 23/6/2008 n. 154) che la normativa in esame pone delle regole di azione della Pubblica amministrazione ai fini della corretta predisposizione dei bandi di gara nonché della valutazione delle soglie di anomalia delle offerte dei partecipanti a gare d'appalto e non si propone, invece, 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 (che non sarebbe in linea con i principi comunitari in tema di tutela della libera concorrenza e dei principi costituzionali di libertà sindacale attuati nella Costituzione materiale).

In tale quadro, i dati risultanti dalle Tabelle ministeriali di determinazione del costo del lavoro non costituiscono parametri inderogabili, ma si configurano quali indici del giudizio di adeguatezza del valore economico dell'appalto (TAR Lombardia, Milano, sez. III, n. 3973 del 11/11/2005).

Tali tabelle assumono, pertanto, valore essenzialmente ricognitivo del costo del lavoro formatosi in un certo settore merceologico sulla base dei valori economici previsti dalla contrattazione collettiva. Esse, inoltre, non sono dirette ad incidere sulle regole di apertura del mercato nell'aggiudicazione degli appalti pubblici, imponendo a tutte le imprese il rispetto di certi parametri nella formulazione

delle offerte; ed infatti è stato affermato che un'interpretazione che sostenga la loro valenza generale rischierebbe di escludere dall'effettiva e concreta possibilità di partecipazione alle gare imprese aventi costi gestionali differenti (T.A.R. Lombardia, Brescia, 23.10.2007, n. 915).

Sull'argomento è altresì intervenuto il Consiglio di Stato con la recente sentenza n. 4847 del 7 ottobre 2008, con la quale è stato chiarito che nelle gare di appalto, il mancato rispetto nelle offerte dei minimi tabellari del costo del lavoro, o, in mancanza, dei valori indicati dalla contrattazione collettiva, non determina l'automatica esclusione dalla gara delle offerte stesse, ma costituisce un importante indice di anomalia, che dovrà essere poi verificata attraverso un giudizio complessivo di remuneratività. Pertanto, nel caso in cui nell'offerta di una impresa, il costo del lavoro indicato risulti inferiore a quello minimo stabilito dal CCNL di categoria, la stazione appaltante non può ritenere inammissibile a priori qualsiasi tipo di giustificazione, ma deve ammettere le giustificazioni relative al costo del personale presentate dall'aggiudicataria senza procedere all'esclusione automatica della stessa dalla gara, in ossequio ai principi di diritto comunitario in materia di libera concorrenza. Precisa al riguardo il Supremo Consesso che gli interessi a tutela dei quali è posta la norma possono comunque essere tutelati in virtù di particolari condizioni operative dell'azienda o di benefici premiali che consentano la conservazione di equivalenti livelli di loro salvaguardia. Pertanto, solo attraverso un contraddittorio tra amministrazione e concorrente è possibile attuare quella funzione di partecipazione piena e costruttiva al procedimento che consente alla seconda di esercitare in modo pieno il proprio diritto di iniziativa economica privata armonizzandolo con il perseguimento dell'interesse pubblico, sia in termini di migliore offerta sotto il profilo economico, sia dal punto di vista della sua compatibilità con altri interessi pubblici da valutare comunque nell'ambito dell'iter procedimentale.

La disciplina normativa esaminata e l'interpretazione fornita dalla giurisprudenza inducono, dunque, a ritenere che i dati risultanti dalle Tabelle ministeriali di determinazione del costo del lavoro non costituiscono parametri inderogabili, ma si configurano quali indici del giudizio di adeguatezza del valore economico delle offerte. Pertanto, un eventuale scostamento dalle predette Tabelle non può costituire ex se motivo di esclusione automatica di queste ultime, ma impone alla stazione appaltante di richiedere all'offerente le pertinenti giustificazioni in merito ai relativi elementi costitutivi delle offerte stesse.