



# DELIBERA N. 675

6 ottobre 2021

## Oggetto

Istanza di parere singola per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata da Costruzioni e Prefabbricati Tommaso Verazzo S.r.l. – Accordo Quadro quadriennale per la produzione, fornitura e posa in opera della nuova barriera Anas S.p.A. NDBA per le configurazioni di spartitraffico e bordo ponte, suddiviso in n. 16 lotti. Lotto 6 Campania - Importo a base di gara: € 10.000.000,00 - S.A.: ANAS S.p.A.

### **PREC 180/2021/L**

## Riferimenti normativi

Articolo 23, comma 16, d.lgs. n. 50/2016

Articolo 95, comma 10, d.lgs. n. 50/2016

Articolo 97, comma 5, lett. d), d.lgs. n. 50/2016

Articolo 47, comma 2, d.lgs. n. 50/2016

Articolo 89, comma 11, d.lgs. n. 50/2016

d.m. n. 248/2016

## Parole chiave

Costo della manodopera - Addetti impiegati nell'esecuzione

Consorzio stabile – Cumulo alla rinfusa - Qualificazione SIOS

## Massime

### **Costo della manodopera - Addetti impiegati nell'esecuzione – Numero effettivo – Valutazione in concreto**

Al fine di consentire alla stazione appaltante di verificare il rispetto dei minimi salariali retributivi nei confronti degli addetti concretamente impiegati nell'esecuzione dell'appalto, l'operatore economico deve indicare il numero di addetti effettivo, stimato sulla base dell'organizzazione del lavoro che l'operatore economico intende attuare in rapporto alle lavorazioni che dovrà eseguire, tenuto conto di quanto prescritto dal capitolato e degli impegni assunti con l'offerta tecnica.

### **Consorzio stabile – Cumulo alla rinfusa - Qualificazione SIOS - Applicabilità**

La deroga alla regola del "cumulo alla rinfusa" nel settore dei beni culturali è fondata su una norma speciale - l'art. 146, comma 2, d.lgs. n. 50/2016 - non suscettibile di applicazione analogica. In assenza di una omologa disposizione nel settore delle opere superspecializzate, in tale ambito, ai fini della qualificazione, è



applicabile il regime di dimostrazione dei requisiti di partecipazione dei consorzi stabili del "cumulo alla rinfusa".

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 6 ottobre 2021

Vista l'istanza, acquisita al prot. n. 59180 del 30 luglio 2021, nella quale la società Costruzioni e Prefabbricati Tommaso Verazzo S.r.l., seconda graduata, ha contestato la legittimità dell'aggiudicazione in favore dell'operatore economico Research Consorzio Stabile s.c.a.r.l. sotto il duplice profilo:

- (i) della mancata dimostrazione del rispetto dei minimi salariali retributivi degli addetti impiegati nell'esecuzione dell'appalto;
- (ii) della non adeguata qualificazione nella categoria superspecialistica OS13 e della mancanza di autonoma qualificazione nella categoria superspecialistica OS12A da parte dell'impresa consorziata indicata come esecutrice;

Visto l'avvio dell'istruttoria comunicato in data 4 agosto 2021 con nota prot. n. 60381;

Vista la documentazione acquisita agli atti, anche in forza di successiva integrazione acquisita al prot. n. 68077 del 21 settembre 2021;

Visto, per ciò che concerne la prima doglianza, il subprocedimento di verifica del rispetto dei minimi salariali retributivi di cui al combinato disposto degli artt. 95, comma 10 e 97, comma 5, lett. d), d. lgs. n. 50/2016. Dagli atti emerge che la stazione appaltante ha rilevato che la Tabella retributiva presa a riferimento dall'aggiudicatario per la determinazione dei livelli retributivi della manodopera (Tabella retributiva provinciale di Benevento anno 2016) era stata rideterminata in aumento con decreto del Ministero del Lavoro, per cui avrebbe dovuto essere tenuta in considerazione la successiva Tabella retributiva relativa all'anno 2019, e ha chiesto alla Research Consorzio Stabile s.c.a.r.l. di fornire chiarimenti in merito, ferma restando l'immodificabilità dell'incidenza del costo della manodopera dichiarata nell'offerta economica (pari al 17,690%). L'operatore economico ha riscontrato la richiesta di chiarimenti dichiarando che la presenza in organico di specifiche professionalità da dedicare alle varie fasi lavorative avrebbe sicuramente consentito una migliore razionalizzazione nell'impiego delle risorse umane e, confermato l'importo complessivo del costo della manodopera dichiarato nell'offerta, ha precisato che, per quanto riguarda il monte ore, è stata eseguita una analisi più approfondita per ogni singola lavorazioni e che *"grazie ad ottimizzazione del processo di esecuzione dei lavori, esperienza specifica nel settore, si possono eseguire lavorazione in tempi ridotti con un risparmio dell'incidenza normale della manodopera, indicando il numero medio di operatori per ciascuna qualifica"*. Ciò si è tradotto nella produzione di una nuova "Tabella giustificativa costi manodopera indicati in sede di offerta" (Allegato 5) dove, mantenuti inalterati la tipologia e i livelli di inquadramento degli addetti nonché il numero di ore e di giorni per ciascun tipo di addetto, il maggior costo medio orario (derivante dall'applicazione della Tabella retributiva del 2019) è stato compensato dall'indicazione non più del numero effettivo di addetti impiegati ma del numero medio. Esemplicando, gli 8 operai comuni, indicati nella Tabella giustificativa prodotta in sede di offerta, sono stati sostituiti da un numero pari a 7,864031621. La stazione appaltante ha constatato che la nuova Tabella giustificativa risulta parametrata ai minimi della Tabella Ministeriale del costo della manodopera della provincia di Benevento anno 2019, ferma restando l'incidenza del costo della manodopera dichiarata in sede di offerta e, ritenuta adeguata la documentazione prodotta da Research Consorzio Stabile s.c.a.r.l. *"in quanto il costo del personale non risulta inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle di cui all'art. 23, comma 16, del D. Lgs. 50/2016"*, ha confermato la proposta di aggiudicazione in suo favore;



Considerati i rilievi mossi dall'istante, secondo il quale, l'indicazione del numero medio di addetti, in violazione dell'esplicita richiesta contenuta nella documentazione di gara di indicare il numero effettivo, si risolverebbe in un mero escamotage matematico attuato per ovviare all'aumento dei costi dovuti all'applicazione della Tabella retributiva del 2019, che si traduce in una elusione della normativa preposta alla tutela del lavoro sotto il profilo della giusta retribuzione. Inoltre, l'offerta in tal modo formulata si rivelerebbe anche in contrasto con l'impegno, ribadito in sede di chiarimenti, di *"assumere tutto il personale necessario per l'esecuzione dei lavori oggetto dell'appalto, per come individuato e specificato nella tabella della manodopera generale prodotta"*. Quest'ultima dichiarazione di impegno all'assunzione di tutto il personale necessario all'esecuzione dell'appalto, a sua volta, paleserebbe l'inammissibilità del riferimento alla presenza in organico di specifiche professionalità, trattandosi di affermazione in netto contrasto con tale impegno;

Considerata la finalità della verifica del costo della manodopera volta alla tutela del diritto - di rango costituzionale - dei lavoratori alla giusta ed equa retribuzione ai sensi dell'art. 36 Cost.; verifica a cui la stazione appaltante è tenuta, secondo consolidata giurisprudenza, anche quando l'offerta non risulti anormalmente bassa, in quanto mirata alla comprova del rispetto dei minimi salariali e contributivi inderogabili, come fissati dalla contrattazione collettiva, non tanto e non solo in una logica posta a presidio della regolarità della procedura (e della futura esecuzione dell'appalto), quanto piuttosto a tutela delle maestranze (Cfr. Tar Puglia, Bari, n. 707/2021; Tar Campania, Salerno, n. 1994/2020);

Considerato che, tenuto conto della *ratio* della disciplina, la stazione appaltante non può limitarsi alla verifica dell'incidenza percentuale del costo complessivo della manodopera sulle singole lavorazioni, ma deve considerare le particolarità della singola impresa e della singola offerta al fine di accertare che il costo complessivamente indicato inglobi effettivamente trattamenti salariali non inferiori ai minimi previsti per i singoli lavoratori impiegati, *«considerando in concreto il numero di lavoratori impiegati per l'esecuzione delle opere previste in contratto, distinti per inquadramento e ore di utilizzo, al fine di determinare il costo orario delle maestranze destinate all'esecuzione dell'appalto e verificare così il rispetto dei parametri salariali di riferimento indicati nelle tabelle ministeriali di cui all'art. 23, comma 16, del d.lgs. n. 50/2016, richiamato dall'art. 97, comma 5, lett. d, del medesimo decreto»* (Cfr. Tar Campania, Salerno, n. 867/2021). A tal fine, l'operatore economico deve indicare il numero di operai impiegati, il relativo inquadramento, il monte ore complessivamente previsto per l'esecuzione delle lavorazioni e quello relativo a ciascuna categoria, per consentire alla stazione appaltante di ricostruire la struttura del costo da manodopera indicato e, all'esito, di verificare il rispetto dei trattamenti minimi salariali previsti. Dunque, l'analisi della stazione appaltante *«deve riguardare non la congruità complessiva del costo da manodopera e quindi della percentuale di incidenza di tale costo rispetto all'importo delle opere da eseguire ma, più nel dettaglio, il rispetto dei minimi retributivi nei confronti dei lavoratori impiegati»* (Tar, cit.);

Considerato che, nel caso in esame, lo schema di Tabella riepilogativa allegato al disciplinare (allegato 5) richiede l'indicazione di una serie di dati riguardanti le "maestranze", tra i quali il numero degli addetti, ovvero secondo la legenda, *"il numero di addetti che si intende utilizzare per il presente appalto"*, che, moltiplicato per il numero di ore e giorni lavorati e il costo orario, determina il costo totale di ciascuna figura professionale (*"Totale=Costo medio orario pagato \* N. di addetti \* Ore \* Giorni"*);

Considerato che, poiché tale indicazione è finalizzata a consentire la verifica, in concreto, del rispetto dei livelli minimi retributivi nei confronti dei lavoratori impiegati nell'esecuzione, l'intera operazione ha significato solo se il numero di addetti indicato è il numero di addetti effettivo, stimato sulla base dell'organizzazione del lavoro che l'operatore economico intende attuare in rapporto alle lavorazioni che dovrà eseguire, tenuto conto di quanto prescritto dal capitolato e degli impegni assunti con l'offerta tecnica;

Considerato che, nel caso *de quo*, l'operatore economico Research Consorzio Stabile s.c.a.r.l., dopo avere inizialmente indicato nella Tabella riepilogativa allegata all'offerta economica il numero (si presume) effettivo



delle maestranze impiegate, in sede di verifica del costo della manodopera, mantenute inalterate tipologie di addetti e tempistiche, ha indicato un diverso numero, decimale, di addetti impiegati, definendolo, nella nota di accompagnamento, numero "medio". Ferma restando la contraddittorietà e l'irragionevolezza dell'indicazione di un numero medio ai fini della verifica dei livelli retributivi dei lavoratori concretamente impiegati nell'esecuzione dell'appalto, l'aggiudicatario non ha chiarito il percorso, logico e di sistema, attraverso cui è giunto a tale risultato. Nella nota di accompagnamento della nuova Tabella riepilogativa, si limita ad accennare genericamente all'ottimizzazione del processo di esecuzione dei lavori e all'esperienza specifica nel settore che consentono di eseguire lavorazione in tempo ridotti; ma i giorni di lavorazione, per tipologia di addetto, indicati nella nuova Tabella riepilogativa sono in realtà rimasti invariati (600). Nella stessa nota si accenna invero anche alla presenza in organico di specifiche professionalità da dedicare alle varie fasi lavorative; ma occorre considerare che il personale già in organico dedicato alla commessa rientra comunque tra il personale il cui costo va verificato ai sensi dell'art. 97, comma 5, lett. d), d. lgs. n. 50/2016 (cfr. Consiglio di Stato, V, n. 3972/2020) e per il quale, nel caso in esame, il disciplinare di gara prevedeva la compilazione della stessa Tabella riepilogativa dei costi e la produzione della copia conforme all'originale del Libro Unico del lavoro della società e dei Cedolini di ciascuna delle tipologie di figure professionali che verranno impiegate nell'esecuzione dell'appalto, opportunamente oscurati dei soli dati personali (Cfr. Par. 17 Contenuto offerta economica);

Considerata la mancata illustrazione del processo logico alla base del calcolo del numero "medio" degli addetti e la mancata indicazione di puntuali giustificazioni del vantato *"risparmio dell'incidenza normale della manodopera"*, che sembrerebbero avvalorare l'ipotesi avanzata dall'istante secondo cui l'indicazione del numero "medio" di addetti sarebbe il frutto di una operazione meramente matematica con la quale, a fronte della variazione in aumento del costo medio orario dovuta all'applicazione della Tabella retributiva del 2019, l'operatore economico ha potuto mantenere inalterato il costo complessivo della manodopera, senza che ad essa corrisponda alcuna effettiva soluzione operativa idonea al contenimento dei costi, con conseguenti reali rischi di mancato rispetto dei livelli minimi retributivi;

Considerato che la stazione appaltante si è limitata a verificare l'incidenza percentuale del costo complessivo della manodopera, senza ricostruire la struttura del costo del personale effettivo - il cui numero non è noto - concretamente impiegato nella commessa a fronte della nuova Tabella riepilogativa e senza richiedere ulteriori chiarimenti;

Ritenuto che, alla luce di quanto sopra, la valutazione in senso positivo della verifica del rispetto del costo del lavoro ai sensi del combinato disposto degli art. 95, comma 10 e 97, comma 5, lett. d), d. lgs. n. 50/2016, espressa dalla stazione appaltante, appare affetta da evidenti carenze istruttorie che ne inficiano la logicità e la ragionevolezza;

Vista, per ciò che concerne la seconda doglianza, la decisione del consorzio stabile Research Consorzio Stabile s.c.a.r.l., titolare in proprio delle qualificazioni SOA richieste ai fini della partecipazione (OS 13, cl. V; OG 3, cl. IV; OS 12-A, cl. III-bis), di indicare quale esecutrice un'impresa consorziata priva della qualificazione nelle categorie superspecialistiche OS 12-A (totalmente) e OS 13 (parzialmente);

Considerato il rilievo dell'istante, secondo cui le opere rientranti nelle categorie superspecialistiche possono essere eseguite solo da una consorziata esecutrice titolare in proprio di adeguata qualificazione, in analogia all'orientamento dominante che riconosce, nel settore dei beni culturali, la necessità che consorziati esecutori siano in possesso in proprio dei requisiti richiesti per l'esecuzione del contratto in deroga al criterio del c.d. "cumulo alla rinfusa". L'applicazione analogica alle SIOS del principio ermeneutico elaborato per i beni culturali sarebbe giustificato dall'identità di *ratio* della disciplina speciale in materia di beni culturali (artt. 146 e ss. d.lgs. n. 50/2016) e di SIOS (d.m. n. 248/2016), entrambe tese a determinare una diretta correlazione tra l'esecutore dei lavori e la titolarità della qualificazione, in ragione del particolare interesse pubblico dei beni e



dei valori coinvolti (beni culturali in quanto beni testimonianza e opere volte alla salvaguardia di valori di rango primario quali la sicurezza strutturale e infrastrutturale, impiantistica, la salute pubblica e la pubblica utilità). In particolare, l'istante ha evidenziato come nelle premesse del d.m. n. 248/2016 - che, in attuazione dell'art. 89, comma 11, d.lgs. n. 50/2016 definisce l'elenco delle SIOS - tra le varie categorie, quella dei beni culturali è accomunata alle altre afferenti appunto la sicurezza strutturale e infrastrutturale, impiantistica, la salute pubblica e la pubblica utilità, e come, tanto per le SIOS che i beni culturali, sia escluso l'avvalimento;

Considerata la peculiare natura dei consorzi stabili di unico ed autonomo centro di imputazione di interessi, caratterizzato dalla possibilità di qualificarsi autonomamente e conseguire una propria attestazione SOA, anche sulla base della qualificazione delle consorziate (cosiddetto "cumulo alla rinfusa"), così che è lo stesso consorzio stabile, e non la singola impresa consorziata indicata come esecutrice, ad assumere la qualifica di concorrente e a dover dimostrare il possesso dei requisiti di partecipazione (art. 47, comma 2, d.lgs. n. 50/2016). Dunque è il consorzio e non il singolo consorziato, l'interlocutore contrattuale della stazione appaltante ed unico soggetto responsabile nei confronti di quest'ultima dell'esecuzione dell'appalto, anche quando esegue le prestazioni non in proprio ma avvalendosi delle imprese consorziate (Consiglio di Stato, n. 1112/2018);

Considerato che l'approdo interpretativo richiamato dall'istante in tema di beni culturali si fonda sulla diretta correlazione tra l'esecutore dei lavori e la titolarità della qualificazione in termini di attestazione sancita dal comma 2 dell'art. 146 («I lavori di cui al presente capo sono utilizzati, per la qualificazione, unicamente dall'operatore che li ha effettivamente eseguiti») e rafforzata dal comma 3 con la previsione dell'esclusione dell'ammissibilità dell'avvalimento dei requisiti speciali di partecipazione per i contratti stipulati nel settore in discorso. Da qui l'assunto che la regola del "cumulo alla rinfusa" dei requisiti di partecipazione, espressa per i consorzi stabili e le consorziate designate per l'esecuzione dei lavori, non può trovare applicazione per gli appalti di lavori nel settore dei beni culturali entrando altrimenti in contrasto con la disposizione inderogabile di cui all'art. 146, comma 2, d.lgs. 50/2016 (Cfr. Pareri di precontenzioso n. 1239 del 6 dicembre 2017 e n. 710 del 23 luglio 2019). Nello specifico, il rapporto diretto e inscindibile, stabilito dalla richiamata disposizione, tra esecuzione dei lavori e requisiti di qualificazione, esclude che la qualificazione di un soggetto giuridico possa basarsi su lavori eseguiti da altri. Questo principio scardina, dall'interno, il regime del cumulo alla rinfusa, su cui si basa il sistema di qualificazione dei consorzi stabili, perché impedisce al consorzio di qualificarsi sulla base delle qualificazioni delle consorziate e di supplire con la propria qualificazione alla carenza di requisiti della consorziate esecutrice;

Considerato che il richiamato orientamento interpretativo trova fondamento nella speciale disciplina dettata per i beni culturali dall'art. 146, comma 2, d.lgs. 50/2016. Gli artt. 145-151 d.lgs. n. 50/2016 delineano un regime particolare per gli appalti nel settore dei beni culturali tutelati ai sensi del d.lgs. n. 42/2004, che deroga alla disciplina generale del Codice dei Contratti pubblici, la quale trova applicazione per quanto non diversamente disposto dalle specifiche norme dedicate a tale settore (art. 145, comma 3, d.lgs. 50/2016). Le norme sulla qualificazione nell'ambito dei contratti relativi ai beni culturali costituiscono una *species* delle norme sulla qualificazione in generale e, pertanto, sulla base del principio interpretativo secondo cui *lex specialis derogat generali*, in tale specifico settore i consorzi stabili possono indicare quali esecutori delle opere i soli consorziati che siano in possesso (in proprio) delle qualificazioni richieste dalla *lex specialis*, anche in ragione di quanto stabilito dall'art. 146, comma 2. L'art. 146, comma 2, d.lgs. n. 50/2016 si configura quindi come un'eccezione alla disciplina generale sulla qualificazione degli esecutori di lavori pubblici;

Considerato che l'art. 146, comma 2, in quanto norma speciale, è di stretta interpretazione, non suscettibile di interpretazione analogica o anche solo estensiva, come recentemente ribadito dalla giurisprudenza (TAR Emilia Romagna, Parma, n. 139/2021) che, chiamata a pronunciarsi sul tema oggetto del presente quesito, ha ritenuto l'art. 146 una norma speciale, non applicabile oltre i limiti della stessa, e dunque non estensibile alle SIOS, (nella specie OS18-A e OS21);



Considerato che le SIOS si caratterizzano per essere opere per le quali non è ammesso l'avvalimento se il valore dell'opera supera il 10% dell'importo totale dei lavori (art. 89, comma 11, d.lgs. n. 50/2016), oltre che per rientrare, unitamente ad altre opere individuate nell'art. 12, comma 2, lett. b.) d.l. n. 407/2014, tra quelle definite "a qualificazione obbligatoria", ovvero che, a differenza delle altre lavorazioni generali e specializzate non incluse in tale elenco, non possono essere eseguite direttamente dall'affidatario in possesso della qualificazione della sola categoria prevalente se privo delle relative adeguate qualificazioni, quando di valore superiore al 10% dell'importo complessivo dell'opera o di importo superiore a 150.000 euro. La disciplina in materia di SIOS non reca tuttavia una disposizione omologa a quella dettata dall'art. 146, comma 2, per i beni culturali, che sancisca esplicitamente per le SIOS lo stesso rapporto diretto e biunivoco tra esecuzione dei lavori e requisiti di qualificazione. Al riguardo occorre infatti considerare che la "qualificazione obbligatoria", richiesta per tutte le categorie di opere generali e per le opere specializzate indicate dal richiamato art. 12, comma 2, lett. b.) d.l. n. 407/2014 (tra cui anche le SIOS), vale a circoscrivere la generale applicabilità del dettato del comma 2, lett.a) dello stesso articolo che, in ragione di una forte matrice proconcorrenziale, consente all'affidatario in possesso della qualificazione nella categoria di opere generali o nella categoria di opere specializzate indicate come categoria prevalente di eseguire direttamente tutte le lavorazioni di cui si compone l'opera anche se non è in possesso delle relative qualificazioni. La disposizione che prevede la "qualificazione obbligatoria" ristabilisce dunque il normale principio di corrispondenza tra requisiti di qualificazione ed esecuzione delle opere proprio delle norme in materia di qualificazione, a fronte dell'"eccezione" dettata in favore del soggetto qualificato nella categoria generale o nella prevalente. Inoltre, il divieto di avvalimento, che nel caso dei beni culturali è comunque solo un corollario a supporto del principio sancito dall'art. 146, comma 2, d.lgs. 50/2016, nel caso delle SIOS non è assoluto ma circoscritto alle opere che superano un certo valore. Infine, va considerato che, nonostante rientrino tra le SIOS anche opere nel settore dei beni culturali (OS 2-A "Superfici decorate di beni immobili del patrimonio culturale e beni culturali mobili di interesse storico, artistico, archeologico ed etnoantropologico" e OS 2-B "Beni culturali mobili di interesse archivistico e librario"), il legislatore ha avuto bisogno di dettare una norma *ad hoc* per i beni culturali, finalizzata a dotarli di un regime speciale in materia di qualificazione, evidentemente diverso da quello delle SIOS (altrimenti la norma *ad hoc* non sarebbe stata necessaria), che si caratterizza (anche) per sancire una deroga al regime del cumulo alla rinfusa (cfr. Consiglio di Stato n. 403/2019);

Ritenuto, alla luce di quanto sopra, che sia applicabile nel caso in esame il regime del cumulo alla rinfusa, sulla base del quale i consorzi stabili possono scegliere di provare il possesso dei requisiti di ordine speciale richiesti per la partecipazione alle gare con attribuzioni proprie e dirette oppure con quelle dei consorziati. Dall'applicazione del suddetto principio, deriva che il consorzio aggiudicatario, qualificato in proprio nelle categorie richieste nel bando di gara, risulta in possesso dei prescritti requisiti di partecipazione;

#### Il Consiglio

ritiene, nei limiti delle motivazioni che precedono,

- in relazione alla prima doglianza, la verifica del rispetto del costo del lavoro effettuata dalla stazione appaltante ai sensi del combinato disposto degli art. 95, comma 10 e 97, comma 5, lett. d), d. lgs. n. 50/2016, affetta da evidenti carenze istruttorie che ne inficiano la logicità e la ragionevolezza;

–



- in relazione alla seconda doglianza, il consorzio aggiudicatario, qualificato in proprio nelle categorie richieste nel bando di gara, in possesso dei corrispondenti requisiti di partecipazione.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 13 ottobre 2021

Per Il Segretario Valentina Angelucci

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente