



DELIBERA N. 528

15 novembre 2023.

Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 220, comma 1, del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36 presentata congiuntamente dalla D'Alessandro Costruzioni S.r.l. e dal Comune di Bracciano (RM) - Procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara - PN V39/23/SUA_PNRR - Comune di Bracciano (RM) - "Rigenerazione urbana Lungolago G. Argenti - primo stralcio" - FINANZIATO DALL'UNIONE EUROPEA NEXT GENERATION EU - M5C2 INV. 2.1 - Importo: euro: 3.069.253,03 - S.A.: Comune di Bracciano (RM).

UPREC/PRE/784/2023/L/PREC

Riferimenti normativi

Art. 41, comma 14, d.lgs. 36/2023

Art. 108, comma 9, d.lgs. 36/2023;

Art. 110 d.lgs. 36/2023;

Parole chiave

Costi della manodopera - Scorporo

Massima

Appalto pubblico – In genere – Bando di gara - Importo soggetto a ribasso – Costi della manodopera – Inclusione - Correttezza

La lettura sistematica della prima parte dell'articolo 41, comma 14, del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, secondo il quale i costi della manodopera sono scorporati dall'importo assoggettato al ribasso, e della seconda parte della norma, che riconosce al concorrente la possibilità di dimostrare che il ribasso complessivo offerto deriva da una più efficiente organizzazione aziendale, induce a ritenere che il costo della manodopera, seppur quantificato e indicato separatamente negli atti di gara, rientri nell'importo complessivo a base di gara, su cui applicare il ribasso offerto dal concorrente per definire l'importo contrattuale.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 15 novembre 2023



DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. n. 94424 del 23 ottobre 2023, con cui il Comune di Bracciano e la D'Alessandro Costruzioni S.r.l., aggiudicataria della procedura di gara in oggetto, hanno chiesto all'Autorità di esprimere un parere in ordine alle corrette modalità di calcolo dell'importo del contratto; le parti domandano, in particolare, di chiarire se, in base al disposto dell'art. 41, comma 14, D. Lgs. 36/2023, la percentuale complessiva di ribasso offerta dall'operatore economico vada applicata all'importo indicato negli atti di gara come "ribassabile", ovvero sul valore netto risultante dalla detrazione dei costi della manodopera;

VISTE le argomentazioni delle parti in merito alla questione sollevata. Secondo la Stazione appaltante, con la formulazione dell'art. 41, comma 14, D. Lgs. 36/2023, il legislatore avrebbe espresso unicamente la volontà che i costi della manodopera siano scorporati e indicati separatamente dall'importo soggetto a ribasso. Da tale separata indicazione non deriverebbe, tuttavia, la non ribassabilità assoluta dei predetti costi. Se ne trarrebbe conferma dall'ultimo capoverso della disposizione, a mente del quale «*Resta ferma la possibilità per l'operatore economico di dimostrare che il ribasso complessivo dell'importo deriva da una più efficiente organizzazione aziendale*». Non potendosi ricavare dal testo della norma alcun divieto assoluto di ribassabilità dei costi della manodopera, la questione, nel caso di specie, deve essere affrontata e risolta applicando le disposizioni della *lex specialis* di gara. Dall'esame delle varie clausole della lettera d'invito risulterebbe evidente che la Stazione appaltante ha inteso come non ribassabile il solo importo per gli oneri di sicurezza e che il costo della manodopera, seppur indicato separatamente e scorporato, rientrava comunque nell'importo ribassabile (€ 2.926.436,29) rispetto al quale calcolare il ribasso percentuale offerto dall'operatore economico. In linea con la *lex specialis* di gara, il RUP ha, pertanto, disposto l'aggiudicazione all'impresa D'Alessandro Costruzioni S.r.l. per un importo contrattuale pari a € 2.018.779,46, applicando il ribasso offerto dall'impresa (pari al 35,896 %) all'intero importo ribassabile a base d'asta. Secondo la D'Alessandro Costruzioni s.r.l., l'art. 41 del D.Lgs. 30/2023 rappresenterebbe, invece, una grossa innovazione rispetto al previgente codice dei contratti, consistente nella possibilità di ridurre i costi della manodopera, seppur solo in forma indiretta. Diversamente opinando, gli artt. 108, c. 9, 41, c. 14, secondo periodo e 110, commi 4, lett. a) e 5 lett. d) del nuovo Codice non avrebbero ragione d'essere. Tale riduzione non potrebbe avvenire a valle dell'applicazione di un ribasso lineare sulle componenti costo dell'opera e costo della manodopera, trattandosi di voci non omogenee. In altri termini la riduzione del costo della manodopera sarebbe possibile ma solo attraverso una sua indicazione ridotta nella dichiarazione resa ai sensi dell'art.108 comma 9 del D.Lgs. 36/2023. Argomentare diversamente equivarrebbe a dire che con il "nuovo" codice – che dovrebbe avere il fine di snellire le procedure di gara – sarebbe stato affidato all'amministrazione un nuovo e gravoso onere consistente nella analitica quantificazione del costo della manodopera da scorporare rispetto al costo dei lavori. La norma, se interpretata nei sensi propugnati dalla stazione appaltante, avrebbe solo lo scopo di aggravare gli oneri posti a carico della stazione appaltante;

VISTO l'avvio del procedimento comunicato con nota prot. n. 96264 del 27 ottobre 2023;

VISTO l'art. 41, comma 14, del d.lgs. 36/2023 a mente del quale *"Nei contratti di lavori e servizi, per determinare l'importo posto a base di gara, la stazione appaltante o l'ente concedente individua nei documenti di gara i costi della manodopera secondo quanto previsto dal comma 13. I costi della manodopera e della sicurezza sono scorporati dall'importo assoggettato al ribasso. Resta ferma la possibilità per l'operatore economico di dimostrare che il ribasso complessivo dell'importo deriva da una più efficiente organizzazione aziendale"*;

VISTO il bando tipo n. 1/2023, avente ad oggetto *"Procedura aperta per l'affidamento di contratti pubblici di servizi e forniture nei settori ordinari di importo superiore alle soglie europee con il criterio dell'offerta*



economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo", approvato dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 309 del 27 giugno 2023, che, all'art. 3, Oggetto dell'appalto, importo, suddivisione in lotti, stabilisce che "L'importo a base di gara comprende i costi della manodopera che la stazione appaltante ha stimato pari ad € ... [indicare l'importo] calcolati sulla base dei seguenti elementi ... [precisare gli elementi attraverso i quali si è pervenuti alla determinazione del costo stimato o eventualmente indicare l'allegato che contiene questa informazione] e riferiti a ... [specificare a quali servizi o forniture si riferiscono i costi della manodopera] I costi della manodopera non sono soggetti al ribasso". Nella relazione illustrativa è stato chiarito che "Con riferimento all'importo dell'appalto, è stato ricompreso nel valore posto a base di gara il costo della manodopera con la precisazione che tale costo non è ribassabile. Ciò in quanto l'articolo 41 comma 14 del codice, se da un lato dispone lo scorporo dei costi della manodopera dall'importo soggetto a ribasso, dall'altro fa salva la possibilità per l'operatore economico di dimostrare che il ribasso complessivo dell'importo deriva da una più efficiente organizzazione aziendale. Al fine di facilitare le operazioni di valutazione della componente economica dell'offerta, è stato ritenuto più agevole applicare il ribasso ad un importo totale comprensivo dei costi di manodopera ribadendo che questi ultimi non sono soggetti a ribasso. Eventuali riduzioni del costo della manodopera proposto dall'operatore nell'offerta saranno, poi, oggetto di verifica. Ai sensi dell'articolo 110, comma 4, in tale sede non sono ammesse giustificazioni in relazione a trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge e agli oneri di sicurezza di cui alla normativa vigente. L'operatore economico, quindi, potrà giustificare l'offerta di un costo del personale inferiore rispetto a quello individuato dalla stazione appaltante adducendo come motivazione una migliore organizzazione del lavoro o la possibilità di beneficiare di sgravi fiscali o contributivi";

CONSIDERATO che l'interpretazione del dettato normativo sposata dall'Autorità consente un adeguato bilanciamento tra la tutela rafforzata della manodopera – che costituisce la *ratio* della previsione dello scorporo dei costi della manodopera, evincibile dal criterio contenuto nella lett. t) dell'art. 1, comma 1, della legge delega (L. n. 78/2022) – con la libertà di iniziativa economica e d'impresa, costituzionalmente garantita, la quale, nel suo concreto dispiegarsi, non può che comportare la **facoltà dell'operatore economico di dimostrare che la più efficiente organizzazione aziendale impatta sui costi della manodopera, diminuendone l'importo rispetto a quello stimato dalla Stazione appaltante negli atti di gara. Tra l'altro, solo seguendo tale impostazione, si spiega anche l'obbligo del concorrente di indicare i propri costi della manodopera, a pena di esclusione dalla gara (art. 108, comma 9, d.lgs. 36/2023),** previsione che sarebbe evidentemente superflua se i costi della manodopera non fossero ribassabili, e il successivo art. 110, comma 1, che include i costi della manodopera dichiarati dal concorrente tra gli elementi specifici in presenza dei quali la Stazione appaltante avvia il procedimento di verifica dell'anomalia;

CONSIDERATO, peraltro, che anche il Servizio di consulenza del MIT ha dimostrato di condividere tale interpretazione nel parere n. 2154 del 19 luglio 2023, avendo chiarito che l'offerta economica non va costituita solamente dal ribasso operato sull'importo al netto del costo della manodopera, ma deve includerlo al suo interno; quest'ultimo non può essere considerato un importo aggiuntivo ma fa già parte dell'offerta ed è soggetto a verifica;

CONSIDERATO, infine, che un'ulteriore conferma della bontà della ricostruzione operata si evince da una recente sentenza del giudice amministrativo che, chiamato a decidere proprio della ribassabilità dei costi della manodopera in una gara assoggettata alle disposizioni del d.lgs. 50/2016, ha avuto modo di precisare che "Intanto, la clausola della *lex specialis* che imponga il divieto di ribasso sui costi di manodopera, sarebbe in flagrante contrasto...con il principio di libera concorrenza nell'affidamento delle commesse pubbliche... Il divieto indiscriminato di ribasso sulla manodopera avrebbe i seguenti effetti: a) la standardizzazione dei costi vero l'alto; b) la sostanziale imposizione del ccnl individuato dalla stazione appaltante al fine di determinare l'importo stimato dell'appalto; c) la sostanziale inutilità dell'art. 97 comma 6 sopra citato e cioè l'obbligo per gli operatori economici del rispetto degli oneri inderogabili; d)



l'impossibilità, da parte della stazione appaltante, di vagliare l'effettiva congruità in concreto delle offerte presentate dai concorrenti tenuto conto che: d1) ciò che la stazione appaltante deve verificare, con riferimento al costo della manodopera indicato, è l'eventuale scostamento dai dati tabellari medi con riferimento al "costo reale" (o costo ore lavorate effettive) comprensivo dei costi delle sostituzioni cui il datore di lavoro deve provvedere per ferie, malattie e tutte le altre cause di legittima assenza dal servizio; d2) l'obbligatoria indicazione dei costi della manodopera in offerta, e la correlativa verifica della loro congruità risponde all'esigenza di tutela del lavoro sotto il profilo della giusta retribuzione (Consiglio di Stato, sez. V, 13 ottobre 2022, n. 8735); d3) l'indicazione dei costi della gestione e delle spese generali seppure indicate in misura esigua, impinge in valutazioni di merito sottratte al sindacato giurisdizionale nella misura in cui la stazione appaltante ne ha ritenuto la congruità e attendibilità, alla luce del generale principio sul carattere globale e sintetico di tale giudizio per cui un sospetto di anomalia per una specifica componente non incide necessariamente ed automaticamente sull'intera offerta che deve essere comunque apprezzata nel suo insieme, con un giudizio globale e sintetico di competenza della stazione appaltante; d4) la valutazione di anomalia dell'offerta va fatta considerando tutte le circostanze del caso concreto, poiché un utile all'apparenza modesto può comportare un vantaggio significativo sia per la prosecuzione in sé dell'attività lavorativa (il mancato utilizzo dei propri fattori produttivi è comunque un costo), sia per la qualificazione, la pubblicità, il curriculum derivanti per l'impresa dall'essere aggiudicataria e dall'aver portato a termine un appalto pubblico, cosicché nelle gare pubbliche non è possibile stabilire una soglia minima di utile al di sotto della quale l'offerta deve essere considerata anomala, al di fuori dei casi in cui il margine positivo risulta pari a zero (Consiglio di Stato, sez. V, 10 novembre 2021, n. 7498)", dando atto, infine, che "Persino nel "nuovo Codice", che in applicazione di un preciso criterio di delega di cui all'art. 1 comma 2 lett. t) della L. 78/2022, ha previsto "in ogni caso che i costi della manodopera e della sicurezza siano sempre scorporati dagli importi assoggettati a ribasso" è stata fatta salva la possibilità per l'operatore economico di dimostrare che un ribasso che coinvolga il costo della manodopera sia derivante da una più efficiente organizzazione aziendale così armonizzando il criterio di delega con l'art. 41 della Costituzione. E, d'altronde, non è superfluo osservare che, a supporre corretto l'argomentare del TAR si arriverebbe (come si è arrivati) a considerare che la gara sia stata indetta solo per vagliare il ribasso sulla voce "spese generali", ciò che costituisce un assurdo logico prima che una ricostruzione in diritto non condivisibile" (Cons. Stato, 9 giugno 2023, n. 5665);

RITENUTO, pertanto, che l'art. 41, comma 14, del d.lgs. 36/2023, nella parte in cui stabilisce che i costi della manodopera sono scorporati dall'importo assoggettato al ribasso, deve essere letto ed interpretato come volto a sancire l'obbligo della Stazione appaltante di quantificare ed indicare separatamente, negli atti di gara, i costi della manodopera che, tuttavia, continuano a far parte dell'importo a base di gara, su cui applicare il ribasso offerto dall'operatore per definire l'importo contrattuale;

RILEVATO che, nel caso di specie, la Stazione appaltante ha redatto la *lex specialis* sulla base dei contenuti del bando tipo 1/2023. Ed infatti, l'art. 1 della lettera d'invito-disciplinare di gara, prevede che "1. Informazioni generali. IMPORTO COMPLESSIVO DEI LAVORI A BASE DI GARA: € 3.069.253,03, di cui € 142.816,74 non soggetti a ribasso d'asta per oneri di sicurezza ed € 829.472,41 per costi della manodopera, individuati dall'Amministrazione ai sensi dell'art. 41, comma 13, del D.Lgs. 36/2023 e scorporati ai sensi del successivo comma 14. IMPORTO RIBASSABILE rispetto al quale calcolare il ribasso percentuale offerto: € 2.926.436,29 (di cui € 829.472,41 per costi della manodopera, individuati dalla Stazione appaltante e scorporati ai sensi dell'art. 41, comma 13 e 14 del D.Lgs. 36/2023). L'O.E., nella formulazione del proprio ribasso di gara, dovrà tener conto dell'importo dei costi della manodopera dichiarati nell'ambito dell'offerta economica. Qualora l'O.E. indichi nell'offerta economica un costo della manodopera inferiore rispetto a quello stimato dall'Amministrazione, dovrà allegare nella Busta Economica una relazione giustificativa dei costi inferiori dichiarati onde consentire alla Stazione Appaltante di attivare immediatamente il subprocedimento di verifica della congruità di tali costi ex art. 110 del D.Lgs. 36/2023"; a pagina 3 si legge che "N.B. L'importo contrattuale sarà determinato applicando all'importo ribassabile sopra indicato (€ 2.926.436,29), il ribasso percentuale offerto



dall'operatore economico aggiudicatario e sommando al valore così ottenuto, gli oneri di sicurezza non soggetti a ribasso"; il paragrafo 10.2 "Busta economica" stabilisce che "Per la corretta compilazione della sezione BUSTA ECONOMICA occorre seguire la seguente procedura: 1. compilare l'apposito campo denominato VALORE OFFERTA inserendo: a. il ribasso percentuale offerto, con riferimento all'importo posto a base di gara, al netto delle somme non soggette a ribasso, pari a € 2.926.436,29...";

RILEVATO che lo stesso modello di offerta economica, utilizzato anche dall'impresa D'Alessandro Costruzioni S.r.l., indica in euro 2.926.436,29, il valore a base di gara (iva esclusa):

CONSIDERATO, pertanto, che, come sottolineato dalla stessa CUC che ha gestito la procedura di gara, l'assoluta chiarezza delle richiamate disposizioni del disciplinare in merito all'inclusione dei costi della manodopera nell'importo ribassabile esclude anche che possa parlarsi di errore scusabile da parte del concorrente, ovvero che possa essere invocata la tutela dell'affidamento incolpevole; anzi, al contrario, l'avvenuta positivizzazione, all'art. 5 del d.lgs. 36/2023, del principio della buona fede, in forza del quale "Nell'ambito del procedimento di gara, anche prima dell'aggiudicazione, sussiste un affidamento dell'operatore economico sul legittimo esercizio del potere e sulla conformità del comportamento amministrativo al principio di buona fede", avrebbe dovuto indurre il concorrente a confidare sulla correttezza dei dati indicati dalla Stazione appaltante e delle modalità con cui era stato interpretato e applicato il disposto normativo di cui all'art. 41, comma 14, del d.lgs. 36/2023;

Il Consiglio

Ritiene, nei limiti delle argomentazioni e motivazioni che precedono, che:

- nonostante la formulazione letterale della prima parte dell'art. 41, comma 14, del d.lgs. 36/2023 induca a ritenere che i costi della manodopera siano scorporati dall'importo assoggettato a ribasso, la lettura sistematica e costituzionalmente orientata delle diverse disposizioni del Codice in materia di costi della manodopera, ed in particolare dello stesso art. 41, comma 14, seconda parte, e degli artt. 108, comma 9 e 110, induce a ritenere che il costo della manodopera continui a costituire una componente dell'importo posto a base di gara;
- nel caso di specie, anche tenuto conto dei chiari contenuti della *lex specialis*, la percentuale di ribasso indicata dal concorrente deve essere applicata all'intero importo ribassabile a base d'asta, comprensivo dei costi della manodopera.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data

Il Segretario Laura Mascali