

Costi della manodopera: abbiamo un problema...¹

di Massimo Gentile

Si segnala un'interessante pronuncia del TAR Toscana (sez. II 1 febbraio 2019 n. 165) destinata ad aprire nuove frontiere in relazione alla questione della valutazione dei costi della manodopera.

Il caso esaminato dai giudici fiorentini concerneva una gara di appalto per lavori di manutenzione stradale, aggiudicata con il criterio del minor prezzo.

L'offerta presentata dal concorrente posizionatosi al primo posto della graduatoria di gara non risultava da sottoporre a verifica di congruità, in quanto al di sotto della soglia di anomalia individuata in sede di gara.

Ciononostante, il Responsabile Unico del Procedimento rilevava che il costo della manodopera indicato in sede di offerta era inferiore ai minimi salariali retributivi stabiliti delle "tabelle ministeriali" di cui all'art. 23, comma 16, d.lgs. n. 50/2016 e, per tale motivo, escludeva il concorrente.

Il provvedimento veniva impugnato dall'aggiudicataria, la quale lamentava che la stazione appaltante avrebbe dovuto attivare il procedimento di "verifica" prima di disporre la sua esclusione e che, nel corso di detto procedimento, avrebbe potuto rappresentare le soluzioni tecniche di cui dispone per eseguire i lavori a costi della manodopera ridotti (ad esempio, la produttività di ogni singola squadra in ragione dell'esperienza acquisita e le agevolazioni di cui fruisce per l'assunzione di alcuni lavoratori).

Il TAR Toscana, con la sentenza in commento, ha rigettato il ricorso, rilevando che l'esclusione è stata disposta mediante esercizio, da parte della stazione appaltante, di *"un potere diverso da quello di verifica (ed esclusione) delle offerte anomale"*.

Questo potere – osservano i giudici fiorentini - trova fondamento *"nell'articolo 95, comma 10, del d.lgs. n. 50/2016 come modificato dall'art. 60, comma 1, lett. e) del d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56, cosiddetto "decreto correttivo"*.

Secondo tale disposizione del Codice, *"le stazioni appaltanti, relativamente ai costi della manodopera, prima dell'aggiudicazione procedono a verificare il*

¹ Pubblicato su www.appaltiecontratti.it del 14 febbraio 2019

rispetto di quanto previsto all'articolo 97, comma 5, lett. d)" del d.lgs. n. 50/2016, ossia che detti costi non siano inferiori a quelli indicati nelle tabelle ministeriali di cui all'articolo 23, comma 16, del medesimo Codice.

Quanto sopra, indipendentemente dal procedimento di verifica dell'anomalia. Osserva, quindi, il TAR che, laddove la verifica dia esito negativo, la richiamata disposizione di cui all'articolo 95, comma 10, non prevede l'istituzione di alcun contraddittorio, con la conseguenza che l'offerta deve irrimediabilmente essere esclusa.

Non può sottacersi come la posizione del TAR Toscana strida con un consolidato principio giurisprudenziale, maturato sotto l'egida del precedente Codice e confermato anche alla luce del "nuovo" impianto normativo di cui al D.lgs. n. 50/2016.

Secondo tale principio, *"l'indicazione di un costo orario del lavoro inferiore rispetto a quello riportato nelle tabelle ministeriali non è idoneo, di per sé, a rendere anomala l'offerta e può dar luogo ad esclusione solo se lo scostamento è rilevante e ingiustificato"*². Il fine concorrenziale ed il rispetto dell'organizzazione di impresa impongono, infatti, che l'offerta debba essere esaminata in maniera globale e sintetica, senza automatismi escludenti, rispetto ai valori del *"costo del lavoro risultanti dalle tabelle ministeriali, che devono essere considerati meri parametri di valutazione della congruità dell'offerta, dai quali ci si può discostare con una motivazione congrua che lasci inalterata la remuneratività del servizio"*³.

Peraltro, in un caso per certi versi simile a quello che ha formato oggetto della pronuncia del TAR Toscana, i giudici di Palazzo Spada avevano avuto modo di sancire l'illegittimità del comportamento dell'amministrazione appaltante che, in difformità all'art. 97 del Codice, aveva *"fatto luogo ad un'estemporanea, meccanica ed incongrua esclusione collegato al mancato rispetto delle tabelle ministeriali, del tutto illegittima perché non prevista da alcuna norma"*⁴.

Tale ultima pronuncia è stata, tuttavia, ritenuta irrilevante dal TAR Toscana, in quanto resa nell'ambito di un contenzioso riguardante una procedura

² *Ex multis* Consiglio di Stato, Sez. III, 9 novembre 2018, n. 6236; 14 maggio 2018, n. 2867; 18 settembre 2018, n. 5444; Sez. V 11 ottobre 2018 n. 5867

³ TAR Piemonte 31 dicembre 2018 n. 1386

⁴ Consiglio di Stato, Sezione terza, 29 agosto 2018 n. 5084.

indetta nella vigenza della versione dell'articolo 95, comma 10, del Codice dei contratti, antecedente alla modifica apportata dal decreto correttivo.

Evidenza, al riguardo, il Tribunale fiorentino che l'originaria previsione del comma 10 dell'articolo 95 stabiliva che *“nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro”*, senza prevedere alcuna verifica <<preventiva>> circa il rispetto dei trattamenti retributivi stabiliti dalle “tabelle ministeriali”.

Secondo il TAR, il decreto correttivo fungerebbe, dunque, da spartiacque ai fini del superamento del richiamato principio giurisprudenziale in tema di costo della manodopera.

L'interpretazione, pur essendo suggestiva, appare sotto certi profili “claudicante”.

In particolare, ad avviso di chi scrive, l'introduzione all'articolo 95, comma 10 dell'obbligo della stazione appaltante di verificare i costi della manodopera prima di procedere con l'aggiudicazione della gara, è finalizzata esclusivamente ad evitare che siffatta verifica possa essere omessa ogniqualvolta un'offerta non risulti da sottoporre a valutazione di congruità, in quanto inferiore alla soglia di anomalia.

In altre parole, prima del decreto correttivo, l'obbligo di valutare la rispondenza dei costi della manodopera, indicati dall'aggiudicatario, alle tabelle ministeriali, era previsto solo in caso di anomalia dell'offerta, atteso che l'unica disposizione che contemplava tale verifica era contenuta all'articolo 97, comma 5, lett. d) disciplinante, per l'appunto, le “offerte anormalmente basse”. Dopo il decreto correttivo, siffatto obbligo di verifica è stato generalizzato e, pertanto, deve essere assolto dalla stazione appaltante indipendentemente dalla necessità o meno di avviare il procedimento di valutazione della congruità dell'offerta.

Ciò non significa, tuttavia, che le modalità di espletamento della verifica in parola mutino, finanche a consentire un'esclusione “automatica”, senza alcun coinvolgimento del concorrente interessato.

Nessuna previsione in tal senso è, infatti, contenuta all'articolo 95, comma 10 del Codice, il quale, giova rimarcare, si limita a disporre che *“le stazioni appaltanti, relativamente ai costi della manodopera, prima dell'aggiudicazione*

procedono a verificare il rispetto di quanto previsto all'articolo 97, comma 5, lettera d)".

Non solo, ma il richiamo espresso all'articolo 97, comma 5, lettera d), impone di tenere in considerazione il menzionato principio giurisprudenziale – affermato proprio in relazione a detto articolo - secondo il quale l'indicazione di un costo inferiore rispetto a quello riportato nelle tabelle ministeriali non determina di per sé l'esclusione dell'offerta, ben potendo il concorrente fornire giustificazioni dello scostamento.

Del resto, ragionando diversamente, si giungerebbe ad una diversificazione della verifica in parola, a seconda che si operi o meno nell'ambito del procedimento di valutazione di congruità.

Solo nel primo caso occorrerebbe coinvolgere il concorrente ed esaminare gli elementi giustificativi della rilevata discordanza, nel secondo caso si potrebbe (*rectius* dovrebbe) invece procedere direttamente con l'esclusione.

Ciò non appare logico, dapprima che in linea con la ratio della norma

In buona sostanza, la tesi del TAR Toscana appare, ad avviso del sottoscritto, un tentativo di elevare l'asticella della rilevanza del costo della manodopera indicato dai concorrenti in sede di offerta, anche oltre gli "appoggi" normativi forniti dal legislatore.

Lo scopo è quello di sottrarre a qualsivoglia tipologia di contraddittorio e, conseguentemente, di valutazione discrezionale da parte delle stazioni appaltanti, la delicata questione concernente la quantificazione dei costi della manodopera.

Il rischio è, tuttavia, quello di creare un ulteriore problema interpretativo delle norme del quale, in un momento non avaro di incertezze ermeneutiche, faremmo volentieri a meno.