



DELIBERA N. 452 del 9 ottobre 2024.

Oggetto

Istanza di parere congiunta per adesione ex art. 220, co. 1, del d.lgs. n. 36/2023 – OE istante: ESG SRL – SA: Centrale Unica di Committenza presso l'Unione dei Comuni Montedoro – Ente committente: Comune di Francavilla Fontana - Procedura di gara aperta per l'affidamento del servizio di pulizia presso gli immobili comunali di Francavilla Fontana per cinque anni (art. 71 d. lgs n. 36/2023) ai fini dell'aggiudicazione con il criterio dell'offerta più vantaggiosa (art. 108 co. 1 d. lgs n. 36/2023). CIG: B173D724DE - Importo a base di gara: € 589.715,60 euro.

UPREC-PRE-0261-2024-S-PREC

Riferimenti normativi

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

Art. 108, co. 9, d.lgs. 36/2023

Art. 110, d.lgs. 36/2023

Parole chiave

Costi della manodopera – Ribassabilità

Massima

Appalto pubblico – In generale – Offerta economica – Ribasso - Costi della manodopera

I costi della manodopera, seppur quantificati e indicati separatamente negli atti di gara, rientrano nell'importo complessivo a base di gara, su cui applicare il ribasso offerto dal concorrente per definire l'importo contrattuale. I costi della manodopera non sono in assoluto insuscettibili di ribasso e l'eventuale divieto indicato nel bando va inteso come relativo. La conseguenza per l'operatore economico che applichi il ribasso anche ai costi della manodopera è, non l'esclusione dalla gara, ma l'assoggettamento della sua offerta alla verifica dell'anomalia.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 9 ottobre 2024

DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita con prot. n. 100793 del 03.09.2024 presentata da ESG s.r.l. e relativa alla procedura per l'affidamento del contratto indicato in oggetto;

VISTA la nota prot. n. 102464 del 06.09.2024 con cui la Stazione appaltante manifestava adesione all'istanza di parere;

CONSIDERATO che l'istante censurava la legittimità del provvedimento di esclusione adottato nei propri confronti per offerta inammissibile ai sensi dell'art. 70, co. 4, lett. f) del d.lgs. n. 36/2023, dell'art. 7, lett. a) del Disciplinare di gara e dell'art. 41, co. 14 del d.lgs. 36/2023 e sosteneva che, avendo offerto uno sconto del 110% sull'importo soggetto a ribasso (€ 102.156,40), l'offerta non solo «*non supera l'importo posto a base di gara, che è pari a € 589.715,60. Al contrario, l'offerta complessiva ammonta a € 477.343,56, risultando quindi inferiore all'importo massimo consentito*», in conformità all'art. 70, ma la stessa è anche conforme all'art. 41, co. 14 e all'art. 7, lett. a) del disciplinare «*in quanto il ribasso sui costi*



della manodopera deriva da una migliore organizzazione aziendale e dall'utilizzo degli sgravi». Conseguentemente, secondo l'istante, l'esclusione disposta sarebbe illegittima e la Stazione appaltante avrebbe dovuto chiedere le giustificazioni dell'offerta presentata prima di procedere all'estromissione dalla gara;

VISTA la *lex specialis* che prevedeva all'art. 7 del bando di gara:

«A) importo del servizio a base di gara per 5 anni, di cui: € 589.715,60;

- oneri sicurezza (non soggetti a ribasso): € 1.100,00;
- costi della manodopera (non soggetti a ribasso): € 486.459,20;

A1) Importo del servizio (per 5 anni) soggetto a ribasso € 102.156,40 €.

Ai sensi dell'art. 41, co. 14, del D.lgs. 36/2023 vengono scorporati i costi per la sicurezza legati ai rischi interferenti e i costi relativi alla manodopera. A tal fine, questa Stazione Appaltante ha individuato in € 486.459,20 i costi relativi alla manodopera, non assoggettati a ribasso. Si precisa che gli oneri della sicurezza da rischi di interferenza, non soggetti a ribasso, ai sensi e per gli effetti dell'art. 26 del D.lgs. n. 81/2008 e s.m.i., ammontano ad € 1.100,00; il dettaglio dei costi relativi ai rischi da interferenza è contenuto nel D.U.V.R.I, allegato alla presente procedura» e all'art. 10 - Contenuto della busta economica del disciplinare di gara disponeva: «L'offerta economica consiste nell'indicazione della percentuale unica di ribasso offerto, in cifre e in lettere, sull'importo sottoposto a ribasso. A1) Importo del servizio (per 5 anni) soggetto a ribasso: 102.156,40 €»;

VISTA l'offerta presentata dall'odierno istante che risulta testualmente così composta:

«offre un ribasso percentuale sull'importo di cui al punto 4)[ovvero 4) IMPORTO SERVIZIO SOGGETTO A RIBASSO: € 102.156,40 oltre IVA come per legge] del 110% (in cifre) centodieci per cento (in lettere). Inoltre, dichiara che:

- i costi derivanti dal cd. "rischio specifico" connesso con l'attività di impresa ammontano a € 3.600,00 (euro tremilaseicento/00), pari al 0,7559% del corrispettivo dell'appalto, quale risulta applicando all'importo a base di gara il ribasso sopra indicato;
- i costi di manodopera ammontano a € 443.250,96, pari al 93,0723% (indicare la percentuale in cifre) del corrispettivo dell'appalto, quale risulta applicando all'importo a base di gara il ribasso sopra indicato»;

VISTO il provvedimento di esclusione del 28.08.2024 che disponeva: «la S.V. ha presentato una offerta inammissibile offrendo, nell'offerta economica, sull'importo a base di gara un ribasso pari al 110%. Atteso che l'offerta, superando l'importo a base di gara, è inammissibile ai sensi dell'art. 70, co. 4 lett. f) del D.lgs. n. 36/2023, nonché dell'art. 7 lett. a) del disciplinare di gara e che, in aggiunta, una simile offerta comporta l'applicazione di un ribasso sui costi della manodopera, non assoggettabili a ribasso d'asta in virtù del disposto di cui all'art. 7 lett. a) del Disciplinare di gara (pag. 26) e dell'art. 41 co. 14 del D.lgs. 36/2023. Per i motivi sopra esposti, Codesto O.E. viene escluso dalla procedura di gara»;

VISTO l'avvio del procedimento comunicato in data 12.09.2024, con nota prot. n. 104662;

VISTA la documentazione di gara e le memorie delle parti;

VISTA, in particolare, la memoria del Comune di Francavilla Fontana, depositata con nota prot. n. 104940 del 12.09.2024 con la quale, a sostegno della correttezza del proprio operato, lo stesso rappresentava, con riferimento alla questione della conformità con l'art. 70, co. 4, lett. f) del d.lgs. n. 36/2023: «Si condivide il rilievo svolto dall'impresa circa l'inapplicabilità al caso di specie della condizione di ammissibilità dell'offerta di cui all'art. 70, co. 4, lett. f) del D.lgs. n. 36/2023, che si riferisce, invero, ai soli casi in cui l'importo (e non il ribasso) offerto dal concorrente sia superiore a quello posta a base di gara»;



mentre con riferimento alla questione della conformità con l'art. 41, co. 14, del d.lgs. n. 36/2023 e l'art. 7, lett. a) del Disciplinare di gara, la Stazione appaltante evidenziava il contrasto giurisprudenziale esistente sull'interpretazione della disposizione normativa di cui all'art. 41, co. 14, non ancora risolto, sottolineando come «*Secondo un indirizzo ermeneutico, che valorizza in massimo grado la formulazione letterale della norma e la ratio di garanzia dei livelli salariali che vi è sottesa, "tale previsione normativa vieta... che i costi della manodopera... siano inclusi nel cd. importo assoggettato al ribasso ovvero nell'importo sul quale dovrà essere applicato il ribasso percentuale offerto dal concorrente e ciò all'evidente fine di non sottostimare le retribuzioni da erogare ai lavoratori "applicati" nell'esecuzione delle commesse pubbliche.*» (cfr. T.A.R. Calabria Reggio Calabria 08/02/2024 n. 119). In quest'ottica deve considerarsi legittimo (oltre che doveroso) il provvedimento di esclusione di una ditta che abbia formulato un'offerta "non conforme ai documenti di gara" (art. 70, co. 4, lett. A del Codice) perché recante una riduzione della detta voce di spesa in contrasto con quanto prescritto dalla *lex specialis*. Aderendo alla descritta opzione ermeneutica, questa Stazione appaltante ha, nel disciplinare di gara, espressamente previsto lo scorporo dei costi relativi alla manodopera dall'importo soggetto al ribasso, imponendo, conseguentemente, il correlativo divieto, a carico delle imprese concorrenti, di formulare offerte in riduzione. Nell'applicazione della suddetta clausola si è giocoforza optato per l'esclusione dell'offerta formulata dalla ESG SRL sul rilievo che tale offerta, traducendosi in un ribasso pari al 110% (ossia superiore al valore posto a base d'asta), abbia generato un saldo negativo nella differenza fra l'importo ribassabile e quello proposto dall'impresa ($102.156,40 - 112.372,04 = - 10.215,64$) e abbia, quindi, finito, inesorabilmente e surrettiziamente, per incidere in negativo sul costo del lavoro come cristallizzato nel bando. Del resto, è la stessa ESG che, nella richiesta di parere formulata a codesta Autorità, ha ammesso di aver formulato una proposta in riduzione rispetto ad un "Complessivo importo a base d'asta" (pari a € 588.615,60) comprendente sia costi della manodopera (stimati in € 486.459,20) che la quota residua del corrispettivo contrattuale al netto degli oneri legati ai rischi interferenti (€ 102.156,40), offrendo un "Importo per eseguire il servizio" pari a € 476.243,56. Detto in altri termini, l'impresa ha inteso considerare nell'importo soggetto a ribasso la componente di spesa relativa al personale impiegato nell'appalto, riducendone l'entità rispetto a quella indicata nel bando con un'offerta che è stata, pertanto, valutata come "non conforme ai documenti di gara"»;

VISTA la memoria depositata dal controinteressato, Marika Service soc. coop., con nota prot. n. 106297 del 17.09.2024, con la quale, a sostegno della correttezza dell'operato dell'Amministrazione, riportava le sue medesime argomentazioni giuridiche;

VISTO il Regolamento in materia di pareri di precontenzioso di cui all'art. 220, commi 1 e 4 del d.lgs. n. 36/2023, adottato con delibera n. 267 del 20.06.2023 e rilevato che sulla questione può decidersi ai sensi dell'art. 9, del citato Regolamento;

CONSIDERATO che la questione controversa sottoposta all'Autorità attiene alla legittimità di un provvedimento di esclusione adottato nei confronti di un'offerta, considerata inammissibile, contenente un ribasso sui costi della manodopera ritenuti non ribassabili;

CONSIDERATO che la questione relativa alla inammissibilità dell'offerta ai sensi dell'art. 70, co. 4, lett. f) del d.lgs. n. 36/2023 risulta superata da quanto affermato dalla stessa Stazione appaltante nella propria memoria sopra richiamata;

RITENUTO che, con riferimento alla questione relativa alla conformità dell'offerta all'art. 41, co. 14, la relativa soluzione presupponga la ricostruzione del quadro giuridico ed ermeneutico concernente la ribassabilità dei costi della manodopera e le relative conseguenze in capo al concorrente che presenti un'offerta con costi della manodopera ribassati;



VISTO il contenuto dispositivo dell'art. 41, co. 14, del d.lgs. n. 36/2023 secondo cui: «*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 co. 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 l'art. 108, co. 9, del d.lgs. n. 36/2023 che prescrive: «*Nell'offerta economica l'operatore indica, a pena di esclusione, i costi della manodopera e gli oneri aziendali per l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro eccetto che nelle forniture senza posa in opera e nei servizi di natura intellettuale*»;

VISTO l'art. 110, co. 1, del d.lgs. n. 36/2023, ai sensi del quale: «*Le stazioni appaltanti valutano la congruità, la serietà, la sostenibilità e la realizzabilità della migliore offerta, che in base a elementi specifici, inclusi i costi dichiarati ai sensi dell'art. 108, co. 9, appaia anormalmente bassa. Il bando o l'avviso indicano gli elementi specifici ai fini della valutazione*»;

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, rubricato "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*». Al riguardo, 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'art. 41 co. 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'art. 110, co. 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 fornita 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, co. 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, co. 9, d.lgs. n. 36/2023), previsione che sarebbe evidentemente superflua se i costi della manodopera non fossero ribassabili, e il successivo art. 110, co. 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, inoltre, quanto chiarito dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti che, con parere n. 2154 del 19.07.2023, ha indicato 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 che tale orientamento è stato sostenuto dalla stessa Autorità con delibera n. 528 del 15.11.2023 alla stregua della quale la lettura sistematica della prima parte dell'art. 41, co. 14, del d.lgs. n. 36/2023, secondo cui 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 (ANAC, delibere n. 528 del 15.11.2023 e, da ultimo, n. 174 del 10.04.2024);

CONSIDERATO, inoltre, che tale orientamento ermeneutico deriva dalla giurisprudenza amministrativa che, nella sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, n. 5665 del 09.06.2023, con riferimento alla ribassabilità dei costi della manodopera in una gara indetta in vigenza del d.lgs. n. 50/2016, dopo aver chiarito le ragioni per cui una clausola di gara non possa imporre il divieto di ribasso sui costi di manodopera, dava atto che *«Persino nel "nuovo Codice", che in applicazione di un preciso criterio di delega di cui all'art. 1, co. 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»*;

RILEVATI i più recenti approdi giurisprudenziali che hanno di fatto ribadito tali orientamenti interpretativi: in essi il Giudice amministrativo, richiamando sia il contenuto dispositivo degli articoli in questione, sia i precedenti sopra richiamati, conviene nel sostenere una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 41, co. 14 secondo cui *«La libertà di iniziativa economica deve infatti comprendere 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 nella disciplina di gara, salvo il rispetto dei trattamenti salariali minimi inderogabili. Neppure può ravvisarsi il vizio di eccesso di delega [...] in quanto l'art. 1 co. 2 lett. t) della Legge delega (n. 78 del 2022) dispone che le stazioni appaltanti devono prevedere "in ogni caso, che i costi della manodopera e della sicurezza siano sempre scorporati dagli importi assoggettati a ribasso", ma – nell'imporre alle stazioni appaltanti l'obbligatorietà dello scorporo, cioè la necessità di separata quantificazione e indicazione degli stessi – non ne fa discendere anche l'assoluta intoccabilità dei costi della manodopera come fissati dalle stazioni appaltanti, dovendo invece intendersi che la finalità della norma della legge delega sia quella di obbligare le stazioni appaltanti ad evidenziare separatamente il costo della manodopera, per garantirne una tutela rafforzata, ed in ultima analisi di salvaguardare il diritto dei lavoratori alla retribuzione minima, tutelato*



dall'art. 36 della Costituzione. Dunque, in base al co. 14 dell'art. 41 del d.lgs. n. 36/2023, la conseguenza per l'operatore economico che applichi il ribasso anche ai costi della manodopera è, non l'esclusione dalla gara, ma l'assoggettamento della sua offerta alla verifica dell'anomalia: in quella sede l'operatore economico avrà l'onere di dimostrare che il ribasso deriva da una più efficiente organizzazione aziendale oltre il rispetto dei minimi salariali» (cfr. in tal senso TAR Toscana, Firenze, 29.01.2024 n. 120; TAR Basilicata, Potenza, 21.05.2024 n. 273; TAR Calabria, Reggio Calabria, 08.02.2024 n. 119);

RILEVATO che secondo tale indirizzo prevalente la possibilità per l'operatore economico di dimostrare che il ribasso complessivo dell'importo derivi da una più efficiente organizzazione aziendale sarebbe posta nel nulla se si interpretasse come esistente un divieto inderogabile di ribasso dei costi della manodopera. Difatti, se tali costi fossero interamente predeterminati dalla Stazione appaltante, non sarebbe chiaro quale prova potrebbe desumersi dalla più efficiente organizzazione aziendale dimostrata dall'operatore economico. Inoltre, se il legislatore avesse voluto considerare tali costi fissi e invariabili, non avrebbe avuto senso richiedere ai concorrenti di indicarne la misura nell'offerta economica, né avrebbe avuto senso includere anche i costi della manodopera tra gli elementi che possono concorrere a determinare l'anomalia dell'offerta (cfr. TAR Roma, 06.08.2024 n. 15720). La tesi dell'inderogabilità assoluta dei costi della manodopera individuati dalla Stazione appaltante determinerebbe, peraltro, un'eccessiva compressione della libertà d'impresa, in quanto l'operatore economico potrebbe dimostrare, ad esempio, che il ribasso è correlato a soluzioni innovative e più efficienti, oppure, soprattutto in ipotesi di appalto di servizi, alla sua appartenenza ad un comparto, per il quale viene applicato un CCNL diverso da quello assunto come riferimento dalla Stazione appaltante (cfr. TAR Potenza, 21.05.2024 n.273). Ne consegue che quindi, secondo il Giudice Amministrativo l'art. 41, co. 14, non ha determinato la totale equiparazione tra i «costi della manodopera» e gli «oneri di sicurezza da interferenze» (c.d. *oneri fissi*): difatti, solo questi ultimi sono (come già lo erano, per giurisprudenza pacifica, sotto la vigenza del precedente Codice) integralmente predeterminati dall'amministrazione aggiudicatrice in maniera fissa ed immodificabile (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 20.02.2024 n. 1677);

POSTO dunque che l'orientamento prevalente, condiviso dall'Autorità, è volto a ritenere infondata la tesi secondo cui il costo della manodopera non sarebbe assoggettabile a ribasso e allo stesso tempo è orientato a dare una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 41 co. 14, con riferimento all'art. 36 della Costituzione. La libertà di iniziativa economica deve, infatti, comprendere 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 nella disciplina di gara, salvo il rispetto dei trattamenti salariali minimi inderogabili. Dunque, i costi della manodopera non sono in assoluto insuscettibili di ribasso e il divieto di ribasso del costo del personale indicato nel bando non è quindi assoluto ma relativo (cfr. TAR Milano, 05.07.2024 n. 2077; TAR Napoli, 13.06.2024 n. 3732);

RITENUTO che, secondo tale ricostruzione interpretativa, la conseguenza per l'operatore economico che applichi il ribasso anche ai costi della manodopera è, non l'esclusione dalla gara, ma l'assoggettamento della sua offerta alla verifica dell'anomalia: in quella sede l'operatore economico avrà l'onere di dimostrare che il ribasso deriva da una più efficiente organizzazione aziendale oltre il rispetto dei minimi salariali (cfr. TAR Firenze, 29.01.2024, n. 120; TAR Napoli, 26.02.2024 n. 1270 e TAR Napoli, 13.06.2024 n. 3732). Ciò in quanto, la *ratio* della disposizione deve essere individuata nella garanzia di una proporzionata remunerazione del fattore produttivo lavoro (art. 36 Cost.). Tuttavia, occorre considerare come il costo del lavoro, essendo contrattato in un mercato solo parzialmente regolamentato, non possa essere calcolato in maniera certa sulla base di parametri algebrici inequivocabili: di conseguenza, quella formulata nel bando dalla Stazione appaltante è una stima che sconta inevitabili margini di opinabilità e,



per tale ragione, non può essere considerata cogente per l'operatore economico. Peraltro, l'indicazione dei costi della manodopera, in continuità con la precedente disciplina, è basata sulle tabelle ministeriali che, come noto, non sono mai state reputate vincolanti in maniera assoluta, essendo ben possibile dimostrare un trattamento economico inferiore. Conseguentemente, la disposizione ha la funzione di garantire una congrua retribuzione semplificando il processo di verifica dell'anomalia dell'offerta economica, attraverso la circoscrizione della discrezionalità nella valutazione della stessa. Difatti, rendendo separata l'indicazione dei costi della manodopera, la Stazione appaltante ha semplicemente immediata evidenza di quanto l'operatore economico suppone di dover corrispondere per tale fattore produttivo: qualora fosse superiore a quanto indicato nel bando, *nulla quaestio*; viceversa, nell'ipotesi opposta l'impresa dovrà dimostrare che tali minori oneri siano giustificati dalla più efficiente organizzazione aziendale (cfr. TAR Roma 06.08.2024 n. 15720);

RITENUTO pertanto che con specifico riferimento alla verifica di congruità dei costi della manodopera ribassati, la giurisprudenza ha chiarito che nessun onere di esplicita o formale valutazione della congruità dei costi della manodopera e degli oneri della sicurezza può essere imputato alla Stazione appaltante, laddove il concorrente abbia formulato una offerta nel pieno rispetto dei valori indicati nel disciplinare di gara, ai sensi dell'art. 41 del d.lgs. n. 36/2023 e non emergano elementi che possano mettere in dubbio la congruità dei valori offerti (cfr. TAR Firenze, 23.04.2024 n. 493). Al contrario, se l'operatore economico riporta in offerta un costo della manodopera diverso da quello stimato dalla Stazione appaltante, l'offerta è sottoposta al procedimento di verifica dell'anomalia ai sensi dell'art. 110, d.lgs. 36/2023, nei termini sanciti dall'ultimo capoverso del co. 14 dell'art. 41, ossia il concorrente dovrà dimostrare che il ribasso complessivo dell'importo deriva da una sua più efficiente organizzazione aziendale. Per quel che attiene al costo della manodopera, in base alla previsione di cui al co. 4, lett. a) del citato art. 110, non potranno essere fornite giustificazioni in relazione ai trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge. Pertanto, l'operatore economico non può, per spiegare un'offerta con un costo del lavoro più basso rispetto a quello indicato dalla Stazione appaltante, allegare elementi differenti dalla propria organizzazione aziendale (es. corresponsione di salari inferiori ai minimi retributivi): specularmente, l'amministrazione non è legittimata a valutare ulteriori e diverse circostanze per reputare non anomala un'offerta formulata ribassando i costi stimati (cfr. TAR Roma, 06.08.2024 n. 15720);

RITENUTO, pertanto, che l'art. 41, co. 14, del d.lgs. 36/2023, nella parte in cui stabilisce che i costi della manodopera siano scorporati dall'importo assoggettato al ribasso, deve essere letto ed interpretato in un'ottica sistematica e costituzionalmente orientata 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;

CONSIDERATO che, in ossequio al principio di autoresponsabilità, all'impresa che partecipa ad una gara per l'affidamento di un contratto pubblico è richiesto un grado di professionalità e di diligenza superiore rispetto alla media: una diligenza che non riguarda solo l'esecuzione del contratto, ma anche le fasi prodromiche e genetiche, tra cui, in primo luogo quella della redazione degli atti necessari alla partecipazione alla gara; ciò comporta che si deve considerare naturale per gli operatori professionali la loro capacità di comprendere non solo il contenuto della *lex specialis*, ma anche quello delle norme in tema di contratti pubblici e di tutti gli eventuali interventi interpretativi delle stesse operati dalle Amministrazioni competenti e dalla giurisprudenza amministrativa;

RILEVATO che, nel caso di specie, la Stazione appaltante, nel redigere le clausole della *lex specialis* oggetto di controversia, ha fornito indicazione separata dei costi della manodopera, specificandone la



non ribassabilità: tale clausola è da intendersi quale divieto relativo ai sensi della ricostruzione ermeneutica sopra richiamata;

RILEVATO che, dal suo canto, l'operatore economico, nel predisporre la propria offerta, in ragione del principio di autoresponsabilità e dei criteri interpretativi sopra richiamati, ha optato per formulare un'offerta contenente un valore di costi della manodopera inferiore a quelli indicati dalla Stazione appaltante;

RITENUTO che, nel caso di specie, per tutte le motivazioni e le argomentazioni che precedono e limitatamente ai profili di merito oggetto di trattazione, la percentuale di ribasso indicata dal concorrente debba essere applicata all'intero importo ribassabile a base d'asta;

RITENUTO che, nel caso di specie, in linea con le argomentazioni giuridiche sopra richiamate, stante la formulazione dell'offerta da parte dell'istante comprensiva di un costo della manodopera differente da quello indicato dalla Stazione appaltante, l'Amministrazione sia tenuta, prima di escludere l'offerta, a sottoporla a verifica di congruità ai sensi dell'art. 110 del d.lgs. n. 36/2023, affinché il concorrente possa giustificare i minori oneri offerti e, solo qualora tale verifica non abbia esito positivo, possa procedere alla relativa esclusione.

Il Consiglio

ritiene, per le motivazioni che precedono e limitatamente alla questione esaminata, che l'operato della Stazione appaltante non sia conforme alla disciplina e ai principi in materia di contratti pubblici, in quanto la stessa, applicata la percentuale di ribasso offerto all'intero importo ribassabile e rilevato che i costi della manodopera offerti erano differenti da quelli indicati nella *lex specialis*, anziché procedere direttamente all'esclusione del concorrente, avrebbe dovuto avviare il procedimento di verifica di congruità dell'offerta ai sensi dell'art. 110 del d.lgs. n. 36/2023.

Ritiene, conseguentemente, che la Stazione appaltante debba annullare il provvedimento di esclusione disposto e procedere, secondo le indicazioni fornite nel presente parere, alla verifica di congruità dell'offerta ai sensi dell'art. 110 del d.lgs. n. 36/2023 e, solo ad esito dell'eventuale mancato superamento di tale valutazione, disporre l'esclusione.

Ai sensi dell'art. 220, co. 1, del d.lgs. n. 36/2023, qualora la Stazione appaltante non intendesse conformarsi al parere dovrà comunicare, con provvedimento da adottare entro quindici giorni, le relative motivazioni alle parti interessate e all'Autorità, che potrà proporre il ricorso di cui al comma 3 del medesimo articolo.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 15 ottobre 2024

Il Segretario Laura Mascali

Firmato digitalmente