

## **AISCAT - Associazione Italiana Società Concessionarie Autostrade e Trafori**

### **Consultazione on line. Prime indicazioni sui bandi tipo: tassatività delle cause di esclusione e costo del lavoro**

#### **Audizione presso l'Autorità per la vigilanza sui contratti di lavori, servizi e forniture del 29 settembre 2011**

Il presente contributo è volto a fornire il punto di vista dell'Aiscat circa le nuove norme introdotte dal decreto legge 13 maggio 2011 n. 70 (come convertito nella legge 12 luglio 2011 n.106) in materia di redazione di modelli tipo di bandi di gara. In particolare, dopo aver valutato le riflessioni prospettate nel documento di consultazione predisposto dall'Autorità e condividendo in larga parte le posizioni ivi espresse, riteniamo di incentrare le nostre osservazioni soltanto su alcune delle rilevanti questioni affrontate soffermandoci in particolare sul tema dell'interpretazione del nuovo comma 3bis dell'articolo 81 del Codice dei Contratti Pubblici («L'offerta migliore è altresì determinata al netto delle spese relative al costo del personale, valutato sulla base dei minimi salariali definiti dalla contrattazione collettiva nazionale di settore tra le organizzazioni sindacali dei lavoratori e le organizzazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale....>>).

Si tratta di una disposizione che pone come noto gravi dubbi interpretativi e oggettive difficoltà applicative sia alle stazioni appaltanti che alle imprese e che si sta traducendo in un ulteriore fattore di paralisi del settore degli appalti. Peraltro, il vivace dibattito accesi già all'indomani della sua entrata in vigore, che ha generato una varietà di soluzioni interpretative più o meno creative, sembra aver evidenziato – più che una soluzione da seguire – la sostanziale inapplicabilità della norma.

L'unico effetto certo del nuovo comma 3bis dell'articolo 81 sembra allora essere quello di creare incertezza, bloccare le commesse e incrementare il volume del contenzioso.

Condividiamo pertanto l'opinione che si muove nel senso di una opportuna abrogazione del comma 3bis in questione secondo un indirizzo che risulterebbe essere stato espresso anche dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti mentre – vale la pena di ribadire – nessuna posizione interpretativa emersa appare essere realmente risolutiva.

Non convince anzitutto l'impostazione ITACA con la quale si sostiene l'introduzione a carico delle stazioni appaltanti, per effetto della novella legislativa, dell'obbligo di individuare ex ante nel bando di gara l'ammontare del costo del lavoro il quale poi non potrà essere soggetto a ribasso d'asta da parte dei concorrenti, né conseguentemente oggetto di giustificazioni in fase di verifica dell'anomalia.

Numerose e forti sono le obiezioni emerse a riguardo ed evidenziate dall'Autorità, obiezioni che condividiamo pienamente. In ogni caso, a nostro giudizio, la questione dirimente è rappresentata dal fatto che l'impostazione ITACA appare del tutto rovesciata rispetto a quella indicata dalla normativa comunitaria<sup>1</sup> secondo la quale il costo del personale è, invece, elemento variabile dell'offerta e non già predeterminato a priori dalla stazione appaltante in modo fisso, impermeabile cioè alle legittime peculiarità organizzative delle imprese.

Per altro, sottrarre al confronto concorrenziale proprio la voce relativa al costo del lavoro, ossia alla produttività dell'impresa, svuoterebbe la gara stessa di significato, atteso che è proprio la parte

relativa alla produttività ed alla organizzazione a rappresentare la voce più significativa nel confronto tra gli operatori economici; seguendo l'impostazione ITACA si arriverebbe peraltro al paradosso di aggiudicare appalti di lavori sulla base dei prezzi delle forniture.

Quanto invece alla ricostruzione interpretativa prospettata nel documento base dall'Autorità di Vigilanza, questa – a differenza della posizione ITACA – ha certamente il pregio di essere comunitariamente orientata; tuttavia anche tale soluzione non sembra risolvere totalmente.

L'impostazione è aderente al diritto comunitario perché non prevede alcuna predeterminazione ex ante nel bando di gara del costo del personale, ma tutto ruota intorno ad una verifica di congruità che la stazione appaltante deve effettuare ex post sull'offerta risultata migliore al fine di garantire che l'offerta più conveniente sia non soltanto quella risultata tale sotto il profilo strettamente economico ma anche perché idonea a tutelare interessi pubblici ulteriori sottesi all'esecuzione del contratto quali quelli di tutela dei lavoratori e, più in generale di sufficienza ed adeguatezza della retribuzione.

Ma questo, a ben vedere, è quanto già avveniva prima dell'introduzione del comma 3bis dell'art. 81 e che continua ad avvenire nell'ambito del sub-procedimento di verifica dell'anomalia: si deve concludere allora che la norma non abbia introdotto alcuna sostanziale innovazione. E' del tutto evidente peraltro che una diversa interpretazione – che individuasse cioè un autonomo passaggio procedurale per la verifica ex comma 3bis dell'art. 81 – risulterebbe difficilmente conciliabile con il principio di economicità e speditezza del procedimento introducendo una mera duplicazione di attività con aggravio ingiustificato per l'amministrazione.

Rimarrebbe poi tutta da chiarire l'ipotizzata applicazione della verifica e le sue conseguenze sanzionatorie nel caso di procedure ad esclusione automatica: quantomeno occorrerebbe un raccordo normativo che allo stato manca.

Insomma – qualsiasi orientamento interpretativo si decida di seguire – il comma 3bis dell'art. 81 appare difficilmente applicabile e giuridicamente privo di forza innovativa, generando soltanto disorientamento tra gli operatori del settore degli appalti, presupposti questi che ci fanno pensare all'abrogazione della disposizione in questione come all'unica via logicamente percorribile.

Un'altra questione alla quale vorremmo accennare riguarda il rapporto esistente tra le cause tassative di esclusione così come individuabili ai sensi del nuovo comma 1bis dell'articolo 46 del Codice dei contratti<sup>2</sup> ed i bandi tipo dell'Autorità di cui l'art. 64, comma 4bis<sup>3</sup>.

Il decreto sviluppo così come convertito in legge ha infatti previsto che l'Autorità di Vigilanza individui specificatamente, all'interno dei bandi tipo, tali cause di esclusione: un compito non facile attesa la dizione della norma di riferimento (art. 46 comma 1bis) che rinvia ad una formula dai contorni indefiniti (si parla infatti genericamente di "prescrizioni" previste dalla legge) ed il cui filtro interpretativo dovrebbe essere rappresentato, come sempre, dalla normativa comunitaria e dal principio UE della massima partecipazione e di concorrenza nelle procedure di gara.

Resta ovviamente inteso che l'elenco delle cause di esclusione che sarà formulato dall'Autorità non pare potersi considerare tassativo attesa, comunque, l'esistenza del potere di deroga – motivata – al contenuto del bando tipo che l'art. 64 del Codice assicura alle stazioni appaltanti, nel rispetto – ovviamente – delle prescrizioni previste dalla normativa vigente ex comma 1bis dell'art. 46.

Insomma, dalla lettura delle norme in questione si delinea un sistema in cui viene, prima, enunciato genericamente il principio di tassatività delle cause di esclusione per poi però legare la tassatività ad

una formula sostanzialmente indeterminata. Con il comma 4bis dell'art. 64 la nozione è poi nuovamente ristretta attraverso l'affidamento all'Autorità del compito di individuare in modo specifico le cause di esclusione tassative attribuendo, però, nel contempo alle stazioni appaltanti un potere di deroga, i presupposti per l'esercizio della quale pongono non pochi dubbi alle stazioni appaltanti. E' chiaro da quanto appena detto che il concetto di tassatività risulta nei fatti "annacquato" e reso incerto.

Quel che è sicuro è che le cause di esclusione rappresentano uno dei principali motivi di contenzioso che le recenti modifiche in materia operate dal decreto sviluppo rischiano di non avere la capacità di evitare. Bisognerebbe allora chiedersi se la chiave di volta sia, ancora una volta, da individuarsi nel diritto comunitario e nella tassatività delle cause di esclusione prevista dalle direttive UE in materia di appalti.

---

<sup>1</sup> Recita l'art. 55 della Direttiva 2004/18/CE "Se, per un determinato appalto, talune offerte appaiono anormalmente basse rispetto alla prestazione, l'amministrazione aggiudicatrice, prima di poter respingere tali offerte, richiede per iscritto le precisazioni ritenute pertinenti in merito agli elementi costitutivi dell'offerta in questione. Dette precisazioni possono riguardare in particolare: [...] d) il rispetto delle disposizioni relative alla protezione e alle condizioni di lavoro vigenti nel luogo in cui deve essere effettuata la prestazione".

<sup>2</sup> Si riporta il testo del comma 1bis citato "la stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle"; il comma 5 bis recita "I bandi sono predisposti dalle stazioni appaltanti sulla base di modelli (bandi - tipo) approvati dall'Autorità, previo parere del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e sentite le categorie professionali interessate, con l'indicazione delle cause tassative di esclusione di cui all'articolo 46, comma 1-bis. Le stazioni appaltanti nella delibera a contrarre motivano espressamente in ordine alle deroghe al bando - tipo".

<sup>3</sup> Si riporta il testo del comma 4-bis. citato "I bandi sono predisposti dalle stazioni appaltanti sulla base di modelli (bandi - tipo) approvati dall'Autorità, previo parere del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e sentite le categorie professionali interessate, con l'indicazione delle cause tassative di esclusione di cui all'articolo 46, comma 1-bis. Le stazioni appaltanti nella delibera a contrarre motivano espressamente in ordine alle deroghe al bando - tipo".