

ANCPL - Associazione Nazionale delle Cooperative di Produzione e Lavoro

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

All'indomani della conversione con legge 12 luglio 2011 n. 106, del decreto legge 13 maggio 2011 n.70, " Semestre Europeo – Prime disposizioni urgenti per l'economia", l'art. 4, comma 2, lett. h), del d.l. prevede un'importante novità in tema di redazione dei documenti di gara, introducendo, all'articolo 64 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (di seguito, Codice), il comma 4-bis, secondo cui «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»

Il riconoscimento per legge di un ruolo istituzionale specifico dell'Autorità è di fondamentale importanza ai fini della semplificazione delle procedure di gara e di deflazione del contenzioso, consentendo definitivamente di superare l'orientamento giurisprudenziale avverso al riconoscimento della natura vincolante ai bandi tipo predisposti dall'Autorità.

Al contempo la certezza delle regole, fissate in documenti previamente discussi e condivisi con gli operatori del settore, consente di controbilanciare il ridotto potere di sorveglianza dell'operato delle stazioni appaltanti, conseguente all'effetto disincentivante del contenzioso causato dalla introduzione di misure fiscali gravose in materia (cfr. innalzamento contributo unificato).

In questa ottica, il documento redatto dall'Autorità di Vigilanza costituisce riprova dell'ormai collaudato sistema di confronto continuo con gli operatori del settore tipico dei più moderni principi di amministrazione partecipata di cui l'Autorità si è fatta perfetta interprete.

Il costante impegno dell'Autorità di Vigilanza anche questa volta coglie nel segno fornendo indicazioni chiare e pragmatiche, che trovano piena adesione da parte di ANCPL, sia riguardo alle disposizioni sulla tassatività delle cause di esclusione, sia riguardo, alla interpretazione fornita in merito alla modifica dell'art. 81 con introduzione del comma 3 bis ed alla abrogazione dell'art. 87, comma 2 lettera g), sul tema del costo del lavoro.

Procedendo con ordine, in merito alla tassatività delle cause di esclusione ANCPL si riserva di sottoporre all'Autorità le seguenti sintetiche osservazioni.

1. Sulle cause di esclusione ex art. 38 del Dlgs 163/06

- Per effetto della novella la verifica che le stazioni appaltanti devono effettuare relativamente alle lettere b) c) ed m) ter dell'art. 38 riguarda i requisiti generali non relativi alla persona giuridica che partecipa all'appalto, bensì alle persone fisiche che rappresentano questa persona giuridica.

La nuova versione dell'art. 38, lettere b), c) ed m) ter, si adegua alle disposizioni del codice delle società, disponendo che le verifiche debbano essere effettuate anche nei confronti del "socio unico persona fisica, ovvero il socio di maggioranza in caso di società con meno di 4 soci"; la dizione

dell'articolo rimane, invece, invariata nel prevedere che le relative dichiarazioni vadano rese dai soggetti muniti dei poteri di rappresentanza “o dal direttore tecnico” come se si trattasse di adempimenti alternativi.

La prassi e la giurisprudenza (cfr. la recente ordinanza Consiglio di Stato con ordinanza cautelare n. 3722 del 20011 ha disposto la sospensione dell'efficacia della sentenza n. 1324/11 del TAR Lombardia – Milano), dimostrano invece la necessità di entrambe le dichiarazioni (sia dei soggetti titolari del potere di rappresentanza sia del Direttore Tecnico).

Sarebbe utile chiarire definitivamente che, come pare, la congiunzione avversativa “o” è da intendersi equivalente ad “e”.

Sotto altro profilo andrebbe chiarito se le predette dichiarazioni ex art. 38 lettere b , c) ed m) ter abbiano portata generale vincolante anche per gli appalti di servizi, e di forniture.

Infatti, la obbligatoria previsione in organico di un Direttore dei lavori costituisce un requisito di qualificazione per i soli esecutori di lavori pubblici ai sensi dell'art.26 del dpr 34/2000, confluito nell'art. 87 del Dpr 207/2010. Al contrario, fatta eccezione per specifiche discipline di settore (servizi di progettazione, nel qual caso è espressamente richiesta la figura del Direttore dei lavori) non esiste una analoga previsione per gli appalti di servizi e forniture.

In questi termini, prevedere l'esclusione per carente dichiarazione del Direttore dei Lavori nell'ambito di una procedura di servizi o forniture, potrebbe configurare una deroga al principio di tassatività delle clausole di esclusione, poiché si tratterebbe di una clausola aggiuntiva rispetto a quelle tassative previste dal comma 1 bis dell'art. 46 del dlgs 163/06, in assenza di qualsiasi prescrizione fatta eccezione che per i lavori pubblici - nel Codice o nel Regolamento che impone la presenza in organico di un Direttore dei lavori.

Sarebbe utile un chiarimento sul tema da parte dell'Autorità di Vigilanza.

- Sempre con riguardo alle cause di esclusione, ANCPPL aderisce in pieno alla positiva valutazione espressa dall'Autorità circa l'inserimento di cause tassative di esclusione che, operando in modo preventivo e generale, rendono superflua ogni ulteriore indagine circa la “utilità” delle clausole.

In altri termini, la previsione di clausole tassative di esclusione consente di dare concreta attuazione all'orientamento giurisprudenziale che ha evidenziato la necessità di evitare inutili appesantimenti del procedimento di gara mediante l'inserimento di oneri formali non rispondenti ad un reale interesse dell'amministrazione.

Al fine di rendere ancor più efficace l'intervento normativo, sarebbe importante un intervento dell'Autorità volto a rendere di sistematica applicazione da parte delle stazioni appaltanti il principio giurisprudenziale secondo cui “una dichiarazione resa ai sensi della lettera c) del comma 1 dell'art. 38, d.lgs. 163, cit., anche se radicalmente omessa (ovvero, non corrispondente alla realtà sottostante), non comporti comunque l'esclusione dalla gara dell'impresa interessata quando non sussistano in concreto situazioni ostative alla partecipazione (situazioni della cui consistenza l'autodichiarazione doveva fornire l'estrinsecazione legale) – (Cons. Stato Sez. VI, 22 febbraio 2010, n. 1017).

- Qualche perplessità sussiste, invece, rispetto alla affermazione contenuta al paragrafo 3 pag. 7 del documento, nella parte in cui l’Autorità afferma che “le stazioni appaltanti, anche nel mutato quadro normativo, possono quindi fissare discrezionalmente i requisiti di partecipazione, diversi da quelli di ordine generale, purché essi non siano manifestamente irragionevoli, irrazionali, sproporzionati, illogici, nonché lesivi della concorrenza”.

Sappiamo, infatti, che per quanto attiene ai requisiti di partecipazione alla gara, il possesso della qualificazione attestata dalla certificazione SOA è sufficiente ad assolvere ogni onere documentale circa la dimostrazione dell’esistenza dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria ai fini dell’affidamento dei lavori pubblici. In questa ottica, la stazione appaltante riporta nel bando di gara le categorie di lavori e le relative classifiche individuate dal progettista, alle quali si deve fare esclusivamente riferimento ai fini della partecipazione all’appalto ed alla relativa qualificazione.

Sarebbe, pertanto, opportuno, tenere distinti i settori dei lavori pubblici dai servizi e dalle forniture, dove la discrezionalità della stazione appaltante nella fissazione dei requisiti di partecipazione trova – pur tenendo conto dei richiamati principi - sicuramente maggiori spazi.

Segnaliamo in merito un caso esemplare. In un recente bando relativi a lavori di restauro, la soprintendenza della Regione Valle d’Aosta ha indicato, tra le lavorazioni di cui si compone l’intervento, la categoria OS6 come “categoria eseguibile direttamente, se in possesso, o scorporabile ma non subappaltabile-art.37 comma 11 e art. 200 del D.lgs 163/2006”.

- Grande apprezzamento viene espresso da ANCPL in merito alla posizione espressa dall’Autorità di Vigilanza in tema di “soccorso istruttorio”. Le indicazioni contenute nel documento, hanno, infatti, il merito di invertire la prassi comune per cui la regolarizzazione ex art. 46 del Codice costituiva una eccezione; finalmente l’Autorità inquadra il soccorso istruttorio come un dovere dell’amministrazione precedente e non come una mera facoltà.
- Quanto alle singole cause di esclusione, ANCPL concorda con quanto per ciascuna di essi ha chiarito il documento in esame salvo per le considerazioni di seguito esposte.

Per quanto riguarda nello specifico la lettera c) del comma 1 dell’art. 38, la novella precisa che l’esclusione ed il divieto operano anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nell’anno antecedente la pubblicazione del bando qualora non siano stati adottati atti o misure di completa ed effettiva dissociazione.

Servirebbe una indicazione univoca sulla reale portata delle misure da adottare al fine di evitare l’esclusione valutando l’opportunità di un distinguo a seconda della tipologia di condanna subita dal soggetto cessato dalla carica. Infatti, proprio in virtù dell’obbligo di dichiarare tutte le condanne penali, il cui apprezzamento è rimesso alla stazione appaltante a seconda della maggiore o minore incidenza sulla moralità professionale, anche le forme di dissociazione dovrebbero essere più o meno gradate in considerazione della gravità e della tipologia del reato connesso alla condanna.

Per quanto riguarda nello specifico la lettera h) del comma 1 dell’art.38, la novella sostituisce la precedente versione (“che nell’anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara hanno reso false dichiarazioni in merito ai requisiti ed alle condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara, risultanti dai dati in possesso presso l’Osservatorio”) con la previsione per cui h)

“nei cui confronti ai sensi del comma 1 ter risulta l’iscrizione nel casellario informatico di cui all’art. 7 comma 10, per aver presentato falsa dichiarazione o falsa documentazione in merito a requisiti e condizioni rilevanti per la partecipazione a procedure di gara e per l’affidamento dei subappalti”.

La nuova causa di esclusione esclude dunque qualsiasi automatismo, subordinando l’iscrizione nel casellario all’esito di un’indagine sulla rilevanza e gravità dei fatti oggetto di segnalazione. La novità di indubbio favore per le imprese è in linea con la posizione assunta dall’Autorità nella determinazione n.1 del 2010. Tuttavia, il documento dell’Autorità a pag. 33, ultimo capoverso aggiunge che “ mentre la stazione come sopra rilevato, esclude il concorrente che abbia presentato falsa dichiarazione o falsa documentazione nella specifica gara senza considerare l’elemento soggettivo e segnala la falsa dichiarazione all’Autorità, quest’ultima è tenuta a considerare l’imputabilità del fatto all’impresa in considerazione della rilevanza o della gravità”.

Rispetto a tale affermazione va evidenziato che l’art.38 non elenca tra le cause di esclusione la falsa dichiarazione in sé, che invece, pare acquisire la rilevanza di una autonoma causa di esclusione solo quando si traduce in una iscrizione nel casellario informatico. Conseguentemente sulla scorta di quale disposizione la stazione appaltante esclude il concorrente che ha presentato falsa dichiarazione nella specifica gara? Tale provvedimento, in assenza di una espressa previsione, non risulterebbe contrario alle cause tassative di esclusione di cui al nuovo art. 46 del Codice?

Altro chiarimento andrebbe fornito con riferimento alla dichiarazione di avvenuto sopralluogo. Al riguardo si ritiene che non si possa prescindere dalla tipologia di appalto, sia esso sia di lavori, di servizi o forniture; vi possono essere fattispecie di appalto rispetto alle quali il sopralluogo assume valenza essenziale, tale dunque, da costituire elemento costitutivo dell’offerta, e casi – compresi alcune tipologie di lavori - nei quali il sopralluogo può assumere valenza di adempimento utile ma non essenziale.

Sulla scorta del richiamato dettato normativo che, come rammentato dall’Autorità, prevede il sopralluogo per i soli lavori pubblici, peraltro senza sanzionare con l’esclusione la sua omissione - sarebbe opportuno eliminare il sopralluogo dal novero delle cause tassative di esclusione, rimettendo alla stazione appaltante la possibilità generalizzata (per lavori servizi e forniture) di prevederne la obbligatorietà ove indispensabile ai fini della formulazione dell’offerta.

- Per finire, sui protocolli di Legalità, pur concordando con l’Autorità di Vigilanza sulla rilevanza della loro accettazione ai fini della sola esecuzione dei lavori, sarebbe corretto tenere distinti casi di regimi speciali, come per la ricostruzione dell’Aquila.

2. Sul costo del personale

La tematica trattata assume per il modo cooperativo una valenza fondamentale. E’ evidente, infatti, che la nuova disposizione contenuta al comma 3 bis dell’art. 81 del dlgs 163/06 è finalizzata a migliorare le condizioni di lavoro ed, in genere, a sostenere il settore dei contratti pubblici, valorizzando sistemi di selezione dei concorrenti in cui la migliore offerta non venga formulata a discapito del costo del lavoro.

Ciò nonostante, pur apprezzando la finalità della norma, ANCPPL condivide le perplessità espresse dall’Autorità sull’impiego operativo della nuova disposizione.

In tale direzione ANCPL si auspica un intervento chiarificatore dei Ministeri competenti; sino ad allora, la interpretazione fornita dall'Autorità di Vigilanza appare la sola percorribile immediatamente. Infatti, sebbene le indicazioni contenute nel documento base possano sembrare ad una prima lettura, frutto di una interpretazione riduttiva della effettiva portata normativa, a ben vedere esse sono in grado di assicurare operativamente la selezione di offerte che garantiscono il rispetto dei minimi salariali, anche in considerazione della estensione della verifica a tutti gli aggiudicatari, anche all'esito di una procedura di selezione con esclusione automatica.

D'altro canto, assecondare interpretazioni diverse rischierebbe di rendere del tutto inapplicabile la disposizione, a totale discapito delle finalità di tutela del lavoro dalla stessa perseguite. Inoltre qualsiasi stima del costo del lavoro complessivo incorporato in un'opera che non tenga nel debito conto la capacità progettuale dell'impresa e la sua produttività, sarebbe lesiva del principio costituzionale di "tutela della concorrenza" ed inficerebbe l'autonomia gestionale sancita dall'art. 1655 del Codice Civile.

Sarebbe pertanto necessario che lo sforzo chiarificatore degli interpreti (e forse anche del legislatore) si concentrasse maggiormente sul riferimento da fornire per individuare i valori unitari del costo del lavoro, tenendo conto soprattutto di quanto già definito dal Codice all'articolo 86.