

## **ANIEM – Associazione Nazionale Imprese Edili Manifatturiere**

### **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**

#### **LE CAUSE DI ESCLUSIONE**

1) Fra la cause di esclusione da inserire nei bandi-tipo vi dovrebbe essere la previsione dell'esclusione allorché il concorrente non ottemperi o non ottemperi in modo adeguato e tempestivo alla richiesta di integrazione o chiarimenti formulata dalla stazione appaltante ai sensi dell'art. 46, comma 1 , del Codice.

In caso di irregolarità formali, posta la tassatività delle cause di esclusione, la conseguenza dovrebbe essere quella che tutto ciò che non integra una causa di esclusione specificamente prevista nel bando tipo, determina l'obbligo (non a caso il principio di tassatività delle cause di esclusione è stato inserito nell'articolo relativo alla richiesta di chiarimenti e integrazioni) della stazione appaltante di richiedere chiarimenti o integrazioni. In tale contesto, occorre dunque inserire una sorta di "norma sanzionatoria di chiusura" del sistema, allorché il concorrente non ottemperi nei tempi previsti o non ottemperi in modo soddisfacente alla richiesta della stazione appaltante, pena la protrazione della gara oltre ogni ragionevole termine.

2) Il documento dell'Autorità pare incentrare tutte la cause di esclusione al momento dell'offerta. Sembrerebbe che, al di fuori dei casi di assenza dei requisiti di ordine generale (sanzionati espressamente con l'esclusione) e dei requisiti soggettivi abilitanti alla partecipazione alle gare e di cui all'art. 34 del codice, non vi possa essere spazio per l'esclusione dei concorrenti in sede di prequalifica, laddove l'esclusione non sia sancita espressamente dalle norme, o al limite, nei casi in cui la legge si esprima nei termini di un "dovere", un "obbligo", anche se non espressamente sanzionato con l'esclusione.

Questa impostazione lascia paradossalmente aperto il problema di stabilire se, ad esempio, sia sanzionabile con l'esclusione, già in sede di prequalifica, la violazione delle norme in tema di indicazione e ripartizione di quote tra le imprese raggruppate (art. 92 codice) o di Ati tra progettisti (art. 261, c.7, del regolamento), là ove la legge non si esprime in termini di un "dover essere" o di un "obbligo", ma usa la forma neutrale dell'indicativo presente.

L'Autorità, al punto 3.3, interpreta che vi possa essere spazio per una "esclusione sancita da norme" solo nel caso in cui la violazione di norme incida sull'offerta o sul suo contenuto o su altri elementi essenziali.

In realtà vi può e vi deve essere spazio per pronunciare l'esclusione già in sede di prequalifica, quando si sia in presenza di violazioni di norme, che, pur non avendo il carattere di un dovere o un obbligo e pur non prevedendo esplicitamente l'esclusione, hanno tuttavia un carattere prescrittivo (non a caso l'art. 46, comma 1-bis utilizza il termine "prescrizioni"). Ciò in quanto rimarrebbero prive di una disciplina sanzionatoria, a titolo di esempio, tutte quelle violazioni in tema di formazione dei raggruppamenti di concorrenti o progettisti.

In sostanza, e detto in altri termini, l'espressione utilizzata dall'art. 46 "mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti" deve essere considerata autonoma e alternativa rispetto a quanto la legge prevede nella seconda parte dello stesso articolo (...nonché nei casi di incertezza assoluta..ecc..). E', cioè, una disposizione di carattere generale e di chiusura del sistema, che ricomprende in sé tutte le ipotesi in cui vi sia una violazione del codice o del regolamento o di altre leggi aventi carattere prescrittivo, senza la necessità che la disposizione violata si esprima esplicitamente in termini di un "dover essere" o di un obbligo e senza che sia espressamente prevista l'esclusione, ed in un qualsiasi momento della gara, dalla prequalifica all'offerta.

3) Da ultimo, in tema di esclusione, si segnala la necessità che l'Autorità dia un'interpretazione univoca sull'annosa questione di quei bandi (da ultimo l'Autorità portuale di Civitavecchia per una gara da €153.000.000) che, sulla base di una vecchia delibera dell'Autorità sulla Concorrenza, prevedono il divieto di Ati tra imprese che, singolarmente, abbiano i requisiti per partecipare alle gara.

## COSTO DEL PERSONALE

Il DL 70/2011 ha aggiunto il comma 3bis all'art. 81 del D.lgs n. 163/2006 s.m.i.

Come oramai noto, tale comma stabilisce che il costo del personale deve essere valutato sulla base dei minimi salariali definiti dalla contrattazione collettiva.

Se da un lato si apprezza l'iniziativa del legislatore, volta a scongiurare i fenomeni del lavoro nero o sottopagato, dall'altro si deve evidenziare che tale norma sia di fatto indeterminata poiché esige, per essere "esecutiva", altre norme che le diano reale "attuazione".

Ad avviso dell'Aniem la suindicata disposizione è ancora tutta da costruire attraverso ulteriori interventi legislativi.

Sarebbe infatti opportuno fornire un metodo di valutazione che definisca con ragionevole certezza il "costo del personale".

Metodologia che non esiste e di certo, attualmente, le Amministrazioni non possono sostituirsi al legislatore nel completare la norma in questione.

Non si deve dimenticare, infatti, che in Italia non c'è una contrattazione collettiva legata ad un comparto produttivo. Al contrario, la contrattazione collettiva è diversificata per comparto e anche per tipologia di datore di lavoro. La medesima prestazione è trattata economicamente in modo sostanzialmente diverso a seconda che si applichi il contratto collettivo dell'industria o dell'artigianato o della cooperazione sociale. La libertà di impresa impedisce, ovviamente, alle amministrazioni appaltanti di imporre agli operatori economici l'applicazione di questo o quel contratto nazionale.

La questione si ulteriormente complicata con l'art. 8 del d.l. 138/2011 Manovra bis, che dispone: "I contratti collettivi di lavoro sottoscritti a livello aziendale o territoriale da associazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale ovvero dalle rappresentanze sindacali operanti in azienda possono realizzare specifiche intese finalizzate alla maggiore occupazione, alla qualità dei contratti di lavoro, alla emersione del lavoro irregolare, agli incrementi di competitività e di salario, alla gestione delle crisi aziendali e occupazionali, agli investimenti e all'avvio di nuove attività".

Le “specifiche intese” potranno incidere in misura molto significativa in particolare sull’organizzazione ed il costo del lavoro aziendale.

Sarà semplicemente improponibile la predeterminazione a monte, in sede di progettazione e redazione dei capitolati, di un costo minimo del personale.

Anche le stesse tabelle del Ministero del lavoro perderanno di senso.

Ciascuna azienda potrà e sarà legittimata a dimostrare in base alle proprie “specifiche intese” il costo del lavoro applicato, potendo solo le amministrazioni appaltanti verificare ex post la ragionevolezza delle giustificazioni.

Si prospetta, dunque, come maggiormente condivisibile l’interpretazione che dell’articolo 18, comma 3-bis, del codice ha già fornito l’Authority: un obbligo a verificare sempre e comunque la correttezza dell’offerta migliore in base al costo del lavoro.

Obbligo che, tuttavia, diverrà per le amministrazioni sostanzialmente un mero adempimento burocratico.

In assenza di standard nazionali, qualsiasi “specifica intesa” potrà sempre dimostrare la congruità del costo della manodopera.