

## **ASSONIME – Associazione fra le società italiane per azioni**

### **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**

Osservazioni

#### **Parte I, punti 2, 3 e 4: bandi-tipo e cause tassative di esclusione; requisiti; soccorso istruttorio**

L'introduzione nel Codice dei contratti pubblici della previsione secondo cui i bandi sono predisposti dalle stazioni appaltanti sulla base di modelli (bandi-tipo) approvati dall'Autorità risponde all'importante esigenza di semplificare il compito delle stazioni appaltanti, eliminando l'eterogeneità delle soluzioni quando questa non è non giustificata. Il mantenimento della necessaria flessibilità è assicurato dalla possibilità di introdurre deroghe al bando-tipo, fornendo le motivazioni della scelta.

Anche la previsione della tassatività delle cause di esclusione dalla gara può svolgere un'utile funzione: la codificazione ex ante delle cause ammissibili di esclusione dalla gara dovrebbe impedire con maggiore efficacia rispetto ad oggi l'esclusione dalla gara per mere violazioni formali, valorizzando i principi di massima partecipazione e concorrenza. La tassatività delle cause di esclusione è inoltre funzionale a ridurre il contenzioso.

Nell'interpretazione delle nuove disposizioni del Codice è utile fare riferimento agli scopi dell'intervento normativo enunciati dal decreto legge n. 70/2011 (articolo 4, comma 1). Gli obiettivi sono "ridurre i tempi di costruzione delle opere pubbliche, soprattutto se di interesse strategico", "semplificare le procedure di affidamento dei relativi contratti pubblici", "garantire un più efficace sistema di controllo" e, infine, "ridurre il contenzioso". La norma programmatica prevede, a questi fini, la "tipizzazione delle cause di esclusione dalle gare, cause che possono essere solo quelle previste dal Codice dei contratti pubblici e dal regolamento di esecuzione e attuazione"; le clausole di esclusione addizionali previste nella documentazione di gara sono "irrilevanti".

La disposizione sulla tassatività delle cause di esclusione introdotta nel Codice (articolo 46, comma 1-bis) collega l'esclusione da parte della stazione appaltante dei candidati o dei concorrenti dalle procedure di gara al verificarsi di uno o più dei seguenti presupposti:

- i) mancato adempimento alle prescrizioni previste dal Codice, dal regolamento e da "altre disposizioni di legge vigenti";
- ii) incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali;
- iii) 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.

L'inserimento nei bandi e nelle lettere di invito di ulteriori prescrizioni a pena di esclusione è vietato; tali previsioni sono comunque nulle ed appare corretto ritenere, come indicato nel

documento di consultazione, che esse debbano essere disapplicate dal seggio di gara senza necessità di annullamento giurisdizionale.

Nell'interpretazione dell'articolo 46, comma 1-bis, va osservato che i punti ii) e iii) sono formulati in modo molto puntuale: la causa di esclusione deve determinare "incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta" oppure irregolarità nella chiusura dei plichi tali da portare a ritenere che "sia stato violato il principio di segretezza delle offerte".

Il punto i) invece, potenzialmente copre un novero molto ampio di ipotesi di esclusione dalla gara, in quanto si riferisce genericamente al mancato adempimento delle prescrizioni previste dal Codice, dal regolamento o da altra disposizione di legge. Sono quindi incluse nel novero anche disposizioni ulteriori rispetto a quelle che prevedono espressamente l'esclusione dalla gara in caso di mancata osservanza.

Un'interpretazione estensiva della prima ipotesi prevista dall'articolo 46, comma 1-bis, che comportasse l'esclusione nel caso di violazione di ogni adempimento previsto da una fonte normativa, comporterebbe il rischio di escludere dalla partecipazione alle gare i concorrenti anche per violazioni meramente formali e facilmente rimediabili entro uno stretto termine di tempo.

Il principio di proporzionalità impone di cercare un bilanciamento tra l'esigenza di parità di trattamento dei partecipanti, che richiede in generale il rigoroso rispetto degli adempimenti da parte di concorrenti, e quella di favorire la concorrenza e la massima partecipazione alle gare.

Per conseguire gli obiettivi perseguiti con l'intervento normativo, inoltre, le cause di esclusione devono essere formulate in modo chiaro e preciso, tale da consentire un'agevole verifica da parte delle stazioni appaltanti.

L'esigenza di rispettare il principio di proporzionalità rileva anche in relazione all'istituto del soccorso istruttorio. In questa prospettiva, le cause ostative al soccorso istruttorio dovrebbero essere individuate in modo restrittivo, preferendo una lettura sostanzialistica ad una meramente formale. Senza incentivare la negligenza, dovrebbe in genere essere consentito di rimuovere in tempi brevi irregolarità non attinenti agli elementi essenziali e facilmente rimediabili.

Occorre però minimizzare l'impatto negativo sulla par condicio: a questo fine, il termine fissato dalla stazione appaltante per consentire l'integrazione documentale dovrebbe essere considerato perentorio.

Parte I, punto 5- Le singole cause di esclusione

## 5.2 Difetto di sottoscrizione

Si ritiene che solo la mancata sottoscrizione dell'offerta dovrebbe avere come conseguenza l'esclusione dalla gara; per gli altri atti di gara, in caso di mancanza di altre firme o sigle richieste, sembra condivisibile l'orientamento che consente una successiva regolarizzazione.

Sembra sproporzionato escludere dalla gara, senza possibilità di regolarizzazione, il concorrente nel caso in cui alle dichiarazioni sostitutive di atto di notorietà debitamente sottoscritte non sia stata allegata la fotocopia del documento di identità del sottoscrittore.

## 5.3 Irregolarità riguardanti i plichi

Appare corretta l'interpretazione sostanzialistica suggerita nel documento di consultazione in base alla quale non conta tanto quale specifica modalità di sigillatura del plico sia adottata purché sia assicurata la chiusura ermetica, che assicura l'integrità del plico e ne impedisce l'apertura senza lasciare segni di manomissione.

#### 5.4 Violazione dei termini per la presentazione dell'offerta

E' condivisibile l'approccio per cui consentire la presentazione delle offerte oltre i termini prescritti dal bando comporterebbe una grave violazione del principio della par condicio, e quindi il superamento dei termini debba avere come conseguenza l'esclusione.

#### 5.8 La cauzione provvisoria

Appare condivisibile l'orientamento in base al quale per la cauzione provvisoria marginalmente incompleta non debba essere esclusa a priori la possibilità di un'integrazione documentale.

#### Ipotesi di mancata copertura normativa degli adempimenti

Introdurre cause di esclusione relative ad adempimenti non prescritti a livello normativo e che non comportano le conseguenze di cui all'articolo 46, comma 1-bis, è oggi precluso. Il problema si presenta, ad esempio, sia per la mancanza di dichiarazione di avvenuto sopralluogo nel settore dei servizi, sia per la mancata accettazione dei protocolli di legalità, dato che ad oggi manca una specifica previsione normativa che renda obbligatori i due adempimenti.

Laddove si ritenga opportuno introdurre ulteriori cause di esclusione rispetto a quelle attualmente consentite, appare necessario provvedere ad assicurare la copertura normativa: rendendo obbligatori gli adempimenti o integrando l'elenco di cui all'articolo 46, comma 1-bis.

### **Parte II-** Le modifiche all'articolo 38 del Codice

#### Articolo 38, comma 1, lettere b e c

Un'interpretazione sistematica porta a ritenere che per le società con meno di quattro soci debba farsi riferimento solo al socio di maggioranza persona fisica. La previsione appare infatti principalmente volta ad evitare la facile elusione della disposizione relativa al socio unico persona fisica attraverso l'ampliamento della compagine sociale.

### **Parte III-** Il costo del personale

L'articolo 81 sui criteri per la scelta dell'offerta migliore prevede, al comma 3-bis, che l'offerta migliore è 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, e delle misure di adempimento alle disposizioni in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro.

La ratio è quella di evitare che la concorrenza avvenga, invece che attraverso una maggiore efficienza e produttività, attraverso il mancato rispetto dei livelli e dei minimi contrattuali del personale necessario (v. articolo 87, comma 3, del Codice) o delle disposizioni in materia di salute e sicurezza.

L'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici rileva però correttamente che “sul piano applicativo, la determinazione del costo del personale in fase di indizione dei bandi di gara pone ulteriori notevoli problemi in relazione a talune tipologie di appalti: non tutti i lavori e le forniture sono riconducibili alla logica del servizio ad alta intensità di manodopera conoscibile ex ante dalle stazioni appaltanti. Non lo sono, ad esempio, la fornitura di farmaci o di dispositivi medici o di attrezzature informatiche”.

Appare pertanto condivisibile l'interpretazione suggerita nel documento di consultazione in base alla quale per attuare l'articolo 81 non è necessario richiedere alle stazioni appaltanti, in ogni settore, di indicare nel bando un costo di lavoro che non può essere oggetto di ribasso. Può essere sufficiente richiedere, in relazione al tipo di commessa, di accertare la congruità delle offerte sulla base della verifica della compatibilità delle scelte organizzative e produttive effettuate dal concorrente con la normativa sui minimi salariali contrattuali.