

## **Ance – Associazione Nazionale Costruttori Edili**

### **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**

Nel documento di consultazione predisposto dall'Autorità vengono sollevate alcune questioni interpretative, derivanti dalle modifiche introdotte al codice degli appalti dal decreto-legge 70/2011 (convertito nella legge n. 106/2011), riguardanti le cause di esclusione dalle gare e la determinazione del costo della manodopera quale valore non ribassabile ai fini dell'offerta. La consultazione è finalizzata alla predisposizione dei bandi di appalto tipo, ai sensi dell'articolo 64, comma 4-bis del codice.

Al riguardo, preme anzitutto sottolineare come la scelta del legislatore di tipizzare i bandi di gara sia particolarmente apprezzabile. Infatti, l'attuale disomogeneità dei bandi e la previsione di cause di esclusione eterogenee, spesso legate a violazioni meramente formali, costituisce un problema rilevante per le imprese. La prevista tipizzazione dei bandi rappresenta, quindi, un obiettivo importante, contribuendo a delineare in modo chiaro ed omogeneo il quadro delle regole di partecipazione alle gare, con evidenti riflessi positivi anche in termini di riduzione del contenzioso.

Relativamente alle cause di esclusione, le questioni oggetto di consultazione riguardano due profili principali:

1. la tipizzazione nell'ambito dei bandi-tipo delle cause di esclusione tassative
2. alcuni dubbi interpretativi derivanti dalle modifiche apportate all'articolo 38 del codice dei pubblici contratti

#### **PARTE I - Tipizzazione delle cause di esclusione tassative**

Il comma 1-bis dell'articolo 46, introdotto dal decreto-legge sviluppo, ha sancito il principio della tassatività delle cause di esclusione dalle gare, che devono essere sempre riconducibili, a pena di nullità, ad una delle seguenti ipotesi:

1. comportamenti elusivi di prescrizioni previste dal codice, dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti;
2. mancanza di sottoscrizione o di altri elementi essenziali dell'offerta, tali da determinare incertezza assoluta sul contenuto o provenienza dell'offerta stessa;
3. irregolarità nella chiusura dei plichi o mancata integrità degli stessi, tali da far ritenere concretamente violato il principio di segretezza delle offerte.

Le cause di esclusione tassative dovranno essere elencate nei bandi-tipo dell'Autorità, ed in conformità ad essi le amministrazioni dovranno predisporre gli atti di gara, con possibilità di deroghe soltanto previa espressa motivazione nella delibera a contrarre.

Stante il nuovo quadro normativo scaturente dalla legge, si pone il problema di individuare chiaramente le cause di esclusione da ricondurre nell'alveo delle ipotesi dell'articolo 46, nonché di circoscrivere il margine di discrezionalità che residua in capo alle amministrazioni attraverso l'esercizio del potere di deroga.

Per quanto riguarda le cause di esclusione, ed in particolare la prima categoria di cui all'art. 46, comma 1-bis, riguardante "i comportamenti elusivi di prescrizioni normative vigenti", è del tutto ovvia la ricomprensione in tale ambito sia di violazioni espressamente sanzionate con l'esclusione, sia di violazioni non espressamente sanzionate. Relativamente alle violazioni di prescrizioni espressamente sanzionate, accanto alle ipotesi ricordate dall'Autorità, occorre menzionare le seguenti ulteriori situazioni:

- esclusione dalle gare per incompatibilità tra il ruolo di progettista e quello di appaltatore, ai sensi dell'articolo 90, comma 8 del codice;
- esclusione dalle gare per due anni, per gravi comportamenti discriminatori (per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi) accertati con provvedimento giudiziale, ai sensi dell'articolo 44 del d.lgs n. 286/1998 (Testo Unico disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero);
- esclusione dalle gare fino a due anni, per gravi o reiterati comportamenti discriminatori sul piano della parità di trattamento tra uomo e donna, accertati con provvedimento giudiziale ai sensi dell'articolo 41 del d.lgs. n. 198/2006 (Codice delle pari opportunità tra uomo e donna);

Più complessa è l'individuazione delle esclusioni derivanti da elusioni normative non espressamente sanzionate dalla legge. A nostro avviso, tali ipotesi di esclusione vanno individuate adottando un approccio di tipo sostanzialista, in ossequio al quale le violazioni rilevanti sono quelle che riguardano prescrizioni normative incidenti su profili sostanziali relativi al concorrente ovvero all'offerta e che hanno come finalizzazione l'attuazione dei principi generali di trasparenza, concorrenza, parità di trattamento e non discriminazione. In sostanza, si tratta di tutte quelle prescrizioni normative che prevedono obblighi e doveri essenziali ai fini della qualificazione del concorrente, ovvero della corretta formulazione dell'offerta.

In tal senso, ad esempio, si ritiene che la prescrizione di cui all'articolo 106, comma 2 del Regolamento, che prevede l'obbligo, non sanzionato, di allegare all'offerta la dichiarazione di presa visione del luoghi costituisca, in caso di violazione, causa di esclusione dalle gare. L'obbligo di effettuare il sopralluogo, infatti, costituisce a nostro avviso una prescrizione di carattere sostanziale per il settore dei lavori, sotto un duplice profilo. In primo luogo, infatti, essa risponde all'esigenza di assicurare la serietà delle offerte in quanto, soltanto attraverso una adeguata valutazione degli elaborati progettuali e delle condizioni dei luoghi oggetto di appalto possono essere formulate offerte economiche adeguate ed informate, evitando futuri problemi di contenzioso, nell'interesse sia dell'amministrazione, sia delle imprese più serie e strutturate. In secondo luogo, la norma garantisce il rispetto dei principi di trasparenza e parità di trattamento, in quanto consente ai concorrenti di conoscere preventivamente tutti gli elementi utili ai fini della formulazione dell'offerta, che le amministrazioni devono quindi rendere disponibili nel modo più ampio possibile.

In relazione, poi, alle altre fattispecie di esclusione previste dall'articolo 46, comma 1-bis, riguardanti violazioni non prescritte dalla normativa ma producenti incertezza assoluta sul contenuto o provenienza dell'offerta per la mancanza di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero afferenti la non integrità del plico, l'Autorità pone in dubbio se vi rientrino le seguenti ipotesi:

1. mancata sottoscrizione di documenti integranti la domanda di partecipazione alla gara
2. mancata allegazione del documento di identità rispetto ad una dichiarazione sostitutiva di atto notorio

3. presentazione di una cauzione provvisoria incompleta, in quanto mancante delle clausole di cui al comma 4 dell'articolo 75
4. mancata accettazione di clausole discendenti da un protocollo di legalità

Per quanto riguarda la questione di cui al punto 1, laddove il documento integrante la domanda di partecipazione sia una dichiarazione sostitutiva di atto notorio o di certificazione, essendo la firma elemento essenziale ai fini dell'assunzione di responsabilità da parte del soggetto dichiarante, si ritiene che la sua assenza debba comportare l'esclusione dalla gara. Viceversa, in tutti i casi in cui la sottoscrizione non assolva a tale funzione sostanziale, si ritiene che la mancata sottoscrizione costituisca una irregolarità che può essere sanata.

Per quanto riguarda la questione di cui al punto 2, occorre distinguere l'ipotesi in cui alle dichiarazioni sostitutive non venga allegata alcuna copia del documento di identità, da quella in cui venga allegata una sola copia per tutte le autodichiarazioni. Nel primo caso, infatti, non vi sono dubbi che debba scattare l'esclusione, essendo il documento di identità elemento essenziale, ai sensi dell'art. 38 del DPR n. 445/2000, ai fini della validità della dichiarazione stessa. Viceversa, in ossequio al più recente orientamento giurisprudenziale, non si ritiene necessario allegare tante copie del documento d'identità quante sono le autodichiarazioni. Infatti, essendo la copia del documento una mera riproduzione del documento originale, la richiesta di più copie dello stesso costituirebbe "un formalismo senza scopo", non conseguendo alcuna finalità specifica.

Per quanto riguarda il punto 3, concernente la presentazione di una cauzione provvisoria mancante delle clausole di cui al comma 4 dell'articolo 75, si condivide l'orientamento della più recente giurisprudenza secondo il quale la presentazione di una cauzione provvisoria incompleta è ipotesi diversa da quella della totale assenza della stessa e, pertanto, in virtù del principio di tassatività delle cause di esclusione, va considerata quale irregolarità sanabile dal concorrente, prima di poter procedere all'esclusione (Tar Veneto, sent.n. 1350/2011).

Per quanto riguarda la questione di cui al punto 4, concernente la mancata accettazione da parte dei concorrenti delle clausole derivanti da Protocolli di Legalità sottoscritti dalla stazione appaltante, si condividono le perplessità espresse nel documento circa la legittimità di tale ipotesi di esclusione. Infatti, si tratta di prescrizioni non aventi natura normativa ma pattizia e, pertanto, la loro mancata accettazione non costituisce una violazione normativa sanzionabile con l'esclusione. Né, d'altro canto, sembra potersi far riferimento alle altre ipotesi di esclusione contemplate dall'articolo 46, che prescindono dall'esistenza di una norma di legge, in quanto la mancata accettazione dei protocolli di legalità non sembra causare quell'"incertezza sul contenuto o provenienza dell'offerta stessa", richieste dall'articolo 46 ai fini dell'esclusione. Pertanto, a nostro avviso, le prescrizioni discendenti dai Protocolli di legalità devono correttamente essere esplicitate nei bandi di gara, trattandosi di clausole fortemente condizionanti la fase esecutiva. Tuttavia la loro accettazione non sembra poter essere imposta a pena di esclusione, stante il principio di tassatività di cui all'articolo 46e, dunque, dovrebbe essere rinviata alla successiva fase di sottoscrizione del contratto.

Ciò premesso riguardo alle cause di esclusione tassative, si rende necessario definire gli ambiti effettivi del potere di deroga che, ai sensi dell'articolo 64, comma 4-bis del codice, le committenti possono esercitare rispetto ai bandi tipo, motivando adeguatamente la propria decisione. La questione è alquanto delicata e complessa. Da un lato, infatti, il riferimento generico della norma alla possibilità di deroghe motivate, sembrerebbe legittimare discostamenti anche sostanziali rispetto alle clausole tipizzate nei bandi tipo; dall'altro lato, tuttavia, la tassatività delle cause di esclusione, sancita a pena di nullità dall'articolo 46, induce a ritenere piuttosto circoscritto tale potere di deroga, almeno per quanto riguarda il settore dei lavori, non sembrando possibile

prevedere condizioni di partecipazione a pena di esclusione ulteriori e/o diverse rispetto a quelle sancite dalle norme.

Infatti, se è vero, come dice l'Autorità, che il nuovo impianto normativo non intacca quel consolidato orientamento giurisprudenziale che ammette la richiesta di requisiti di partecipazione anche più rigorosi rispetto a quelli normativamente previsti, sempre che ciò sia giustificato dalle peculiarità dell'appalto e che la richiesta non appaia manifestamente illogica, irragionevole o sproporzionata, va anche ricordato che tale principio nel settore dei lavori pubblici va applicato con grande cautela, considerato che l'attestazione SOA costituisce condizione necessaria e sufficiente ai fini della dimostrazione dei requisiti speciali di natura tecnica ed economica.

Tutto ciò considerato, l'esercizio del potere di deroga, almeno per il settore dei lavori, sembrerebbe doversi circoscrivere, sostanzialmente, ai profili procedurali e amministrativi, al fine di consentire un migliore adattamento dei bandi alle specifiche esigenze dell'amministrazione, oltre che all'ipotesi espressamente citata dall'Autorità riguardante l'immediata applicazione di eventuali norme sopravvenute.

## **PARTE II - Dubbi interpretativi riguardanti le modifiche all'articolo 38**

Articolo 38, comma 1, lettere b) e c).

La disposizione, come modificata dal dl sviluppo, precisa che in caso di società costituita da socio unico i controlli vanno effettuati solo se tale socio è persona fisica, mentre nulla dice in proposito per il socio di maggioranza, in caso di società con meno di quattro soci. Tale antinomia è del tutto incomprensibile, non ravvisandosi alcuna ratio che giustifichi il diverso trattamento delle due ipotesi. Pertanto, nella redazione dei bandi tipo tale antinomia potrebbe essere superata attraverso una estensione, in via interpretativa, del riferimento alla persona fisica anche per il socio di maggioranza.

Altra questione riguarda il mancato riferimento alla maggioranza assoluta o relativa nel caso dei controlli sul socio di maggioranza, nelle società con meno di quattro soci. Al riguardo si ritiene che il riferimento vada letto rispetto alla maggioranza assoluta, in quanto è solo in questo caso che il socio è in grado di influire in modo determinante sull'attività della società. Anche tale profilo, dunque potrebbe essere definito nei bandi tipo dell'Autorità.

Per quanto riguarda infine i controlli sui soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente la pubblicazione del bando, il nuovo riferimento della norma alla completa ed effettiva dissociazione rispetto alla condotta penalmente sanzionata, e non più ad atti o misure di completa dissociazione, fa ritenere che non sia più necessario l'avvio di azioni giurisdizionali di responsabilità nei confronti dei cessati dalle cariche, ma al contrario che sia sufficiente l'estromissione del soggetto dall'incarico su iniziativa dall'impresa.

## **PARTE III – Il costo del personale**

Il nuovo articolo 81 comma 3-bis del codice stabilisce che l'offerta migliore è determinata al netto delle spese relative al costo del personale, valutato sulla base dei minimi salariali definiti dalla contrattazione nazionale di settore e delle misure di adempimento alle disposizioni in materia di sicurezza sul lavoro.

Rispetto alle modalità di determinazione del costo del lavoro, delle due interpretazioni delineate nel documento sembra più convincente quella secondo la quale per costo del personale si deve intendere il costo complessivo, determinato moltiplicando il costo orario (valutato sulla base dei

minimi salariali) per il numero delle ore lavorative necessarie per eseguire le lavorazioni previste nell'appalto. Tale costo andrebbe indicato nel bando di gara quale valore non ribassabile, analogamente a quanto avviene per i costi della sicurezza. Di conseguenza, il ribasso verrebbe effettuato e giustificato esclusivamente in relazione agli altri elementi che compongono i prezzi, quali i materiali, i trasporti, noli, attrezzature, spese generali ed utili.

Questa interpretazione sembra preferibile in quanto maggiormente aderente al dettato letterale della norma; infatti, l'espressione "al netto delle spese relative al costo del personale" e l'equiparazione di tale costo a quello della sicurezza farebbero pensare alla volontà del legislatore di sottrarre al ribasso il valore complessivo del costo del personale.

Viceversa, l'ipotesi suggerita dall'Autorità secondo la quale l'espressione "costo del personale" andrebbe intesa come costo orario, che non può essere inferiore al minimo salariale, senza tener conto del numero delle ore lavorative necessarie per effettuare l'opera, dipendendo le stesse dall'organizzazione dell'impresa, non sembrerebbe avere una effettiva portata innovativa rispetto alla disciplina previgente, così come interpretata dalla giurisprudenza.

Peraltro, la prima interpretazione appare preferibile anche sul piano sostanziale dell'opportunità. Infatti, se è vero che l'interpretazione fornita dall'Autorità consentirebbe di tenere in adeguata considerazione la produttività dell'impresa ai fini della formulazione di una migliore offerta, va tuttavia evidenziato che tale aspetto presupporrebbe l'esistenza di un mercato trasparente, basato su una concorrenza leale in cui venga effettivamente premiata la capacità imprenditoriale.

Il mercato attuale, invece, è caratterizzato dalla presenza di imprese che effettuano ribassi non derivanti da una migliore organizzazione del lavoro, ma basati purtroppo sul ricorso al lavoro nero. Sotto questo profilo, l'interpretazione da noi condivisa avrebbe il pregio di favorire il contenimento dei ribassi, contrastando più efficacemente la concorrenza di imprese poco strutturate e propense ad utilizzare lavoro nero; ciò, peraltro, garantendo comunque alle imprese meglio organizzate il conseguimento di un vantaggio economico in fase esecutiva, in termini maggiori utili derivanti dalla maggiore produttività.

Naturalmente, tale interpretazione dovrebbe comportare che il costo della manodopera sia indicato nel bando come costo medio presuntivo calcolato dal progettista, fermo restando che in fase esecutiva, a consuntivo dei lavori, le Casse Edili procederanno a verificare la regolarità delle imprese sulla base della congruità del costo della manodopera effettivamente utilizzata, che non potrà essere inferiore agli indici stabiliti nell'Avviso Comune siglato dalle parti sociali dell'edilizia nell'ottobre 2010.

Tali indici fanno riferimento a percentuali minime inderogabili di incidenza della manodopera differenziate per categorie di lavorazioni il cui mancato rispetto, accertato dalle Casse Edili, è sanzionato attraverso rilascio di un DURC negativo.