

## **CONFAPI: Confederazione Italiana della Piccola e Media Industria Privata**

### **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**

CONFAPI ringrazia l'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici (AVCP) per aver promosso una consultazione pubblica sulle modifiche apportate alla disciplina dei contratti pubblici dal d. l. 13 maggio 2011, n. 70, convertito in legge dalla l. 12 luglio 2011, n. 106, ed in particolare ai temi:

a) “bandi tipo” e clausole tassative di esclusione (combinato disposto dagli articoli 64, comma 4 bis, 46 comma 1 bis d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163, disposizioni introdotte ex novo dal Decreto sviluppo) e requisiti generali ex art. 38, d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163;

b) “costo del personale” nella scelta del miglior offerente (art. 81, comma 3 bis, d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163).

a) “bandi tipo” e clausole tassative di esclusione

Con riferimento al primo tema, CONFAPI accoglie con favore l'introduzione nella disciplina dei contratti pubblici di un sistema che introduca degli standard in materia di redazione dei bandi di gara, soprattutto con riguardo alle clausole di esclusione. La formulazione univoca di queste ultime da parte dell'AVCP ed il loro recepimento da parte delle stazioni appaltanti consentirebbe alle imprese interessate di acquisire una maggiore certezza in ordine ai parametri di ammissione alle gare, nei vari settori di interesse, e, conseguentemente, di adottare procedure interne più snelle ed efficienti per parteciparvi.

Si condivide l'opinione dell'Autorità di Vigilanza secondo cui la standardizzazione delle clausole di esclusione e della loro interpretazione porterebbe “rilevanti benefici in termini di riduzione del contenzioso” e di costi per la consulenza legale delle PMI.

L'acquisizione da parte degli operatori di una maggiore certezza in ordine dei parametri applicati dalle stazioni appaltanti nella ammissione dei candidati alle gare pubbliche, infatti, eviterebbe il ricorso all'autorità giudiziaria al fine di dirimere questioni interpretative in ordine alla formulazione dei requisiti di gara, con benefici in termini di deflazione processuale, ma anche di riduzione di costi per le imprese, nella fase di studio dei bandi e formulazione delle offerte.

Sul punto si evidenzia che il legislatore nazionale ha imposto recentemente il versamento di un contributo pari a 4.000 euro per i tutti i giudizi aventi ad oggetto provvedimenti concernenti le procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture.

Si tenga presente, tra l'altro che, già dal recepimento della direttiva ricorsi, il contributo unificato è ormai dovuto non solo per il ricorso introduttivo, ma anche per ogni successivo atto che contenga “domande nuove”, quindi per quasi tutti i ricorsi per motivi aggiunti ed i ricorsi incidentali, con un complessivo costo fiscale a tal punto elevato da comprimere in modo rilevante il suo diritto di difesa costituzionalmente garantito (art. 113 Cost.).

Al fine di conseguire questo obiettivo di “standardizzazione” delle clausole di esclusione sarebbe auspicabile che l'AVCP procedesse alla definizione di diversi bandi-tipo, soprattutto in materia di

servizi e forniture, in modo da circoscrivere il più possibile i requisiti di partecipazione pertinenti alla tipologia di fornitura/servizio da appaltare.

b) “costo del personale” nella scelta del miglior offerente (art. 81, comma 3 bis, d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163).

Con riferimento alle modifiche apportate dal Decreto sviluppo all’art. 81 del Codice dei contratti pubblici si segnala quanto segue.

La modifica legislativa, nonostante si prefigga il nobile ed apprezzabile obiettivo di contrastare il fenomeno del lavoro nero o sottopagato, di fatto introduce una disposizione, che, a causa della sua non chiara formulazione, rischia di restare, nella migliore delle ipotesi, inapplicata nella prassi della contrattualistica pubblica, oppure, nella peggiore, di dare luogo ad interpretazioni a tal punto diverse da creare una totale incertezza nel settore degli appalti.

La lettera della norma, sembrerebbe, a una prima lettura, voler affidare alle stazioni appaltanti il compito di evidenziare, nella determinazione dell’importo complessivo a base di gara, le voci relative al costo del personale e al costo della sicurezza, al fine di renderle “scorporabili” e non assoggettabili a ribasso.

Le prime evidenti problematiche che pone la norma, riguardano la possibilità di “standardizzare”, per lavori-servizi-forniture, delle procedure predittive che consentano alla stazione appaltante determinare ex ante le modalità di esecuzione dell’appalto da parte del possibile aggiudicatario, con un chiaro “pronostico” della sua “produttività” (tempi/organizzazione aziendale/attrezzatura impiegata). Solo in questo modo, infatti, la stazione appaltante potrebbe calcolare il “costo del lavoro” incidente dell’importo complessivo di gara e non assoggettabile a ribasso.

Una tale interpretazione, come correttamente evidenziato dall’Autorità di Vigilanza, aggraverebbe le stazioni appaltanti di un’incombenza assai onerosa, tenuto conto che non tutti gli appalti sono riconducibili alla logica di un semplice servizio ad alta intensità di manodopera, conoscibile ex ante dalle stazioni appaltanti.

Inoltre, va posto come problema il tema del rispetto dei termini di pagamento delle stazioni appaltanti. Non è più tollerabile, infatti, che gli oneri finanziari derivanti dalla gestione dell’appalto siano in capo esclusivamente all’appaltatore che non può avere certezze in ordine ai tempi di pagamento. Da qui, la necessità di immaginare soluzioni tecniche che permettano di coprire i rischi derivanti dal ritardo dei pagamenti mediante garanzie da parte della stazione appaltante a favore dell’appaltatore. Vanno altresì studiate nuove forme tecniche di garanzia tali da permettere l’esercizio del diritto all’assolvimento degli obblighi contrattuali da parte della Pubblica Amministrazione a favore degli appaltatori. Un ruolo strategico potrebbe essere svolto dalla Cassa depositi e prestiti e da altri strumenti finanziari in grado di sostenere le pubbliche amministrazioni nella gestione delle problematiche connesse al pagamento degli stati di avanzamento lavori e dei corrispettivi derivanti dall’esecuzione delle opere e dalla prestazione dei servizi resi.

Dal punto di vista della piccola e media impresa, la predeterminazione del costo del lavoro in un appalto, non solo consentirebbe all’impresa stessa di poter competere su voci davvero marginali nell’esecuzione delle commesse (costo dei materiali, attrezzature, spese generali), con gravi ripercussioni in termini concorrenziali, ma renderebbe disincentivante l’investimento in tecnologie e strumenti organizzativi finalizzati a migliorare l’efficienza dei propri processi produttivi, che nella normalità dei casi comporta una riduzione del volume (e quindi del costo) della manodopera.

L'interpretazione suggerita dall'Autorità di Vigilanza appare, dunque, maggiormente praticabile: la stazione appaltante, in applicazione dell'art. 81 comma 3 bis del d. lgs. 163/2006, dovrebbe procedere in seguito all'aggiudicazione ad un'analisi di congruità delle scelte organizzative effettuate dal concorrente con la normativa concernente i minimi salariali contrattuali per la manodopera, secondo la procedura già nota per la valutazione delle offerte anormalmente basse.

Tale interpretazione risulterebbe altresì maggiormente coerente con i principi comunitari consolidatisi in materia, in base ai quali il "costo del lavoro" può essere verificato solo nell'ambito del "subprocedimento" postumo di analisi di congruità dell'offerta (Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Sez. VI, sentenza del 27.11.2001, cause riunite C-285/99 e C-286/99, p. 55). La norma in questione, pertanto, introducendo un meccanismo di scorporo "a priori" del costo del personale e della sicurezza non assoggettabile a giustificazioni, potrebbe dare luogo ad una disciplina non coerente con la cornice normativa comunitaria. Pur aderendo, nella vigenza della disposizione, alla ricostruzione ermeneutica proposta sul punto dall'Autorità di Vigilanza, CONFAPI esprime delle riserve sulla portata innovativa della modifica codicistica, con particolare riguardo alle denunciate intenzioni del legislatore di contrastare il fenomeno del lavoro irregolare e sottopagato.

La verifica di congruità da parte della stazione appaltante del rispetto dei minimi salariali da parte dell'aggiudicatario non aggiungerebbe alcuno strumento di controllo innovativo sul mercato del lavoro, rispetto a quelli già collaudati in fase di valutazione dell'offerta (verifica dell'offerta anomala).