

CONFSERVIZI- Asstra Federambiente Federutility

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

Confservizi è la Confederazione nazionale per la rappresentanza e la tutela dei soggetti operanti nell'ambito dei servizi di interesse economico generale con particolare riferimento al comparto delle utilities. Nello specifico, si compone di tre Federazioni (ASSTRA, per il trasporto pubblico, Federambiente, per l'igiene ambientale, e Federutility, per i settori acqua, elettricità e gas) e promuove gli interessi di oltre mille imprese associate operanti nei settori di pubblica utilità aventi carattere industriale. Risulta del tutto evidente l'interesse delle aziende associate alla Confederazione - sia in qualità di stazioni appaltanti, sia come partecipanti alle procedure ad evidenza pubblica per l'affidamento delle concessioni e degli appalti di forniture e servizi - nei confronti del tema oggetto della presente Audizione.

Il Documento predisposto dall'Autorità rappresenta un interessante e approfondito tentativo di sintetizzare le problematiche più diffuse a livello pratico collegate al nuovo quadro normativo risultante dalle modifiche apportate dal D.L. 70/2011 (c.d. Decreto sviluppo) al D. Lgs. 163/20006 (c.d. Codice appalti) in tema di redazione dei documenti di gara, disciplina delle cause di esclusione e della migliore offerta.

L'iniziativa è altresì meritevole di plauso in quanto volta a coinvolgere gli operatori del settore nel procedimento di formazione dei bandi-tipo, in modo da elaborare soluzioni che tengano in considerazione le istanze di tutti i soggetti interessati e limitino l'insorgere di contenziosi.

Al fine di fornire il proprio contributo per la valutazione delle principali criticità presentate dalle novelle in discussione, la Confservizi ritiene opportuno formulare alcune brevi considerazioni – senza pretese di esaustività e con la riserva di produrre ulteriore documentazione all'esito degli auspicati chiarimenti.

Parte I. Bandi-tipo e clausole tassative di esclusione

Il nuovo comma 1-bis dell'articolo 46, Codice appalti, collega l'esclusione dei concorrenti dalle procedure di gara al verificarsi di circostanze tassativamente individuate, tra le quali indica l'incertezza "assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali". La locuzione utilizzata dal legislatore, oltremodo generica, sembra lasciare alle Stazioni Appaltanti un eccessivo spazio di discrezionalità nell'individuazione degli elementi essenziali dell'offerta.

Sarebbe pertanto auspicabile che i bandi-tipo evidenziassero precisamente gli "elementi essenziali" il cui difetto determinerà l'esclusione sic et simpliciter.

Parimenti, sarebbe opportuno che i medesimi bandi precisassero che il "difetto" dei predetti elementi è riferito a situazioni di assoluta mancanza/insufficienza degli stessi. Conseguentemente, la causa di esclusione in discussione non opererebbe in presenza di elementi non completi o carenti ma per i quali sia possibile precedere ad un'integrazione documentale. In tal senso, a titolo

esemplificativo, l'allegazione al testo della dichiarazione sostitutiva di volta in volta resa, ex D.P.R. n. 445/2000, di un valido documento di identità del sottoscrittore dovrebbe essere prevista a pena di esclusione. Per contro, altre irregolarità formali della dichiarazione di cui sopra potrebbero essere suscettibili di correzione.

Il comma 1-bis citato sancisce la nullità delle cause di esclusione introdotte in violazione delle regole ivi dettate. Tale sanzione comporta l'operatività del termine di decadenza di centottanta giorni ex art. 31 del D. Lgs. 104/2010 (Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo) per proporre l'azione finalizzata alla declaratoria di nullità. All'uopo, l'Autorità dovrebbe fornire chiarimenti in merito al coordinamento tra la nuova regola, la previsione di dimidiazione dei termini per la presentazione dei ricorsi in materia di appalti e la clausola di "stand still" prima della stipula del contratto, istituti, questi ultimi, introdotti con la finalità di garantire piena tutela agli interessati e certezza del diritto. Infatti, ad una prima analisi, in assenza di ulteriori precisazioni, a seguito dell'intervento normativo, le Stazioni appaltanti potrebbero essere esposte ad impugnazioni - considerato il termine di 180 giorni applicabile - anche in una fase in cui l'esecuzione dell'appalto si sia già conclusa.

Particolarmente delicata appare la problematica riferita alla violazione da parte di un concorrente di una prescrizione che non è sanzionata espressamente con l'esclusione dalla procedura di gara. Per risolvere la questione, l'Autorità sostiene che <ogni qual volta il Codice o il Regolamento si esprimono in termini di divieto ovvero di doverosità degli adempimenti imposti ai concorrenti e candidati, con l'uso delle locuzioni "deve" "devono", "è obbligato", l'adempimento deve ritenersi imposto a pena di esclusione>. Tale "presunzione" mal si sposa con l'approccio sostanzialistico che sembra animare l'iniziativa di codesta Autorità, volto ad attribuire scarsa rilevanza ad irregolarità meramente formali.

Alla luce del principio ubi lex voluit, dixit, ubi noluit tacuit e della tassatività delle cause di esclusione, ora normata dall'art. 46, comma 1-bis, si chiede, pertanto, di intervenire attraverso precise indicazioni per individuare esplicitamente, in assenza di un'espressa disposizione normativa, gli adempimenti da considerare "a pena di esclusione".

Attesa la delicatezza della tematica, pare opportuno che l'Autorità chiarisca se sia possibile ricorrere all'istituto del c.d. soccorso istruttorio, ex art. 46 comma 1, in caso di cauzione provvisoria incompleta o se, a contrario, in tale ipotesi la stazione appaltante possa disporre l'esclusione automatica del concorrente al quale l'offerta sia riferibile. Inoltre, tenuto conto della ratio ispiratrice della nuova disposizione ovvero "di garantire un concreto rispetto dei principi di massima partecipazione e di concorrenza nelle procedure di gara, evitando che le esclusioni possano essere disposte a motivo della violazione di prescrizioni meramente formali", si chiede conferma della legittimità - alla luce di quanto ora disposto dall'art. 46 comma 1-bis - di una clausola, che - a pena di esclusione - richiedesse "la cauzione provvisoria autenticata con firma digitale da notaio o da pubblico ufficiale" e, quindi, se un'esclusione a ciò conseguente potrebbe ancora trovare un fondamento sulla base della circostanza per la quale l'assenza di siffatta firma determinerebbe "incertezza assoluta sulla provenienza dell'offerta".

In relazione alle violazioni delle norme in materia di avvalimento, alla luce dell'interpretazione recentemente fornita dal Consiglio di Stato con la sentenza 2344/2011, sembrerebbe utile un ulteriore intervento di codesta Autorità - rispetto a quanto già espresso nel parere n. 254 del 10.12.2008 - in merito alla possibilità di avvalimento di un requisito soggettivo, quale il possesso di certificazioni di qualità. La pronuncia citata, infatti, ripercorrendo gli orientamenti espressi dalla giurisprudenza nel corso degli anni, secondo cui, per tale categoria di requisiti "l'avvalimento è sempre ammesso o sempre escluso", ritiene preferibile un'"opinione «intermedia»", in forza della

quale “l’avvalimento è ammesso solo in presenza della dimostrazione di una disponibilità concreta degli elementi oggettivi connessi a tale requisito qualitativo”.

Parte II. Le modifiche all’art. 38 del Codice

Passando alle modifiche apportate alla disciplina relativa ai requisiti di ordine generale richiesti per la partecipazione alle gare, il Decreto sviluppo ha esteso la causa di esclusione prevista dall’art. 38, comma 1, lett. b) e c) – concernente la sussistenza di procedimenti per l’applicazione di misure di prevenzione antimafia – al “socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci, se si tratta di altro tipo di società o consorzio”.

Sembrerebbe opportuno specificare, come già evidenziato nel Documento in consultazione, la tipologia di maggioranza (assoluta o relativa) da considerare per una corretta applicazione della norma, anche se, in un’ottica di semplificazione, il “socio di maggioranza” potrebbe essere individuato in colui che detiene la percentuale maggiore rispetto alla totalità del capitale sociale. È altresì auspicabile un intervento volto a precisare l’operatività della causa ostativa richiamata anche nelle ipotesi in cui socio unico o socio di maggioranza risulti una persona giuridica.

Riguardo al requisito di cui all’articolo 38, comma 1, lettera m-quater – che concerne la causa di esclusione riferita alla situazione di collegamento tra imprese - è da segnalare l’appesantimento della verifica che dovrà essere svolta da parte della Stazione Appaltante, dovendo il concorrente limitarsi ora a dichiarare “di essere a conoscenza ... e di aver formulato l’offerta autonomamente”, senza l’onere di presentare in separata busta chiusa gli elementi utili a dimostrare che la situazione di controllo non ha avuto alcuna influenza nella formulazione dell’offerta. A seguito della modifica, incombe ora sulla Stazione appaltante l’accertamento dell’imputabilità delle offerte ad un unico centro decisionale in base ad “univoci elementi”. Sarebbe, pertanto opportuno precisare che è comunque fatta salva la facoltà di richiedere la presentazione di documenti che potrebbero risultare utili a tale verifica.

Parte III. Il costo del personale

Nel documento di consultazione, l’Autorità si è soffermata opportunamente ad analizzare la novità introdotta con il comma 3-bis dell’art. 81. Gli operatori coinvolti auspicano l’adozione di regole precise che guidino la corretta applicazione del comma in questione, eventualmente codificate nei bandi-tipo e nei modelli di dichiarazione che l’Autorità è chiamata ad elaborare.

La novella riguarda tutte le gare sia con criterio di scelta basato sul prezzo più basso, sia con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, senza alcuna distinzione se trattasi di lavori, servizi o forniture. La sua applicazione richiede immediate e chiare indicazioni per le Stazioni appaltanti, che si trovano a gestire la quotidianità delle gare e, in generale, la successiva esecuzione dell’appalto.

Come pare aver giustamente concluso l’Autorità, un’indicazione ex ante già nel bando di gara dell’importo complessivo del costo del lavoro, al pari dei costi di sicurezza specifici non ribassabili, non è praticabile, in particolare, nelle gare che dovranno essere aggiudicate con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, di norma migliorativa rispetto a quanto posto a base di gara, pur nel rispetto dei minimi salariali. Del resto, la stessa Autorità riconosce che “non tutti i lavori e le forniture sono riconducibili alla logica del servizio ad alta intensità di manodopera conoscibile ex ante dalle stazioni appaltanti”.

Occorre precisare, che nemmeno per i servizi è sempre possibile determinare già in fase di indizione dei bandi di gara il costo complessivo del personale e, comunque, appare necessario evidenziare le estreme difficoltà operative nel caso di lavori e forniture, che addirittura potrebbero provenire dall'estero, con tutto ciò che ne consegue.

Massimo risalto va dato, quindi, al parere espresso dalla stessa Autorità, che ritiene l'obiettivo posto dal legislatore con il nuovo comma 3-bis perseguibile "in modo più efficace verificando il rispetto della normativa sulla manodopera, nella fase di esecuzione delle commesse", rinviando al DURC ed evidenziando il riferimento "ai lavori ed ai servizi ad alta intensità di lavoro di tipo standardizzato".

In tale ottica, si chiede, poi, all'Autorità di precisare se, nel caso di esclusione automatica delle offerte anomale, deve essere effettuata la verifica di congruità con l'aggiudicatario provvisorio.

Sarà utile, infine, procedere ad una riflessione in merito all'incidenza che l'art. 8 del D.L. 138/2011, convertito con modifiche, dalla L. 148/2011 avrà sull'applicazione del comma 3-bis dell'art. 86 del Codice appalti. L'articolo 8 cit. ammette, infatti, la realizzazione di "specifiche intese" a livello aziendale – in deroga alle disposizioni di legge ed alla contrattazione collettiva nazionale – con il precipuo scopo di assicurare - ovviamente nel rispetto "della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dalle normative comunitarie e dalle convenzioni internazionali sul lavoro" - una maggiore occupazione, la qualità dei contratti di lavoro, l'emersione del lavoro irregolare nonché incrementi di competitività e di salario. Il comma 3-bis dell'art. 86 del Codice appalti impone agli enti aggiudicatori di verificare, nella predisposizione delle gare di appalto e nella valutazione dell'anomalia delle offerte nell'ambito di procedure di affidamento di appalti di lavori pubblici, di servizi e di forniture, che il valore economico sia adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro, come determinato da apposite tabelle Ministeriali "sulla base dei valori economici previsti dalla contrattazione collettiva stipulata dai sindacati comparativamente più rappresentativi".

In conclusione, il sistema dalle aziende associate a Confservizi ritiene necessaria la definizione delle problematiche portate all'attenzione di Codesta Autorità, e riassunte nel presente contributo.

Le altre questioni affrontate nel Documento presentano una completezza tale da non richiedere ulteriori osservazioni.

In considerazione dell'importanza del tema trattato, si manifesta la disponibilità della Confederazione ad aiutare l'Autorità in ogni futura iniziativa che riterrà opportuna per superare gli ostacoli alla corretta applicazione della disciplina esaminata.