

## **AGI – AGENZIA GIORNALISTICA ITALIA**

### **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**

#### **PREMESSA**

Il documento di consultazione “Prime indicazioni sui bandi tipo: tassatività delle cause di esclusione e costo del lavoro”, significativo per livello di approfondimento e condivisibile in molti contenuti, individua questioni di particolare momento sorte a seguito dell'introduzione delle modifiche al Codice ed al Regolamento recate dal dl 70 e dalla relativa legge di conversione n.106 del 2011.

Punto di partenza dell'analisi sembra, a tutti gli effetti, esser quello della previsione per legge (art. 64, comma 3 bis, Codice dei contratti) del c.d. “bando tipo”, istituito al quale correttamente il documento di consultazione riconduce anche altre innovazioni - segnatamente quelle volte a circoscrivere l'ambito delle prescrizioni richiedibili “a pena di esclusione” dei concorrenti dalle gare (comma 1 bis dell'art.46), ad aggiornare/chiarire la disciplina dei requisiti di ordine generale con il connesso regime sanzionatorio nel caso di false dichiarazioni (art.38), nonché ad innovare la disciplina del costo del lavoro (art.81) – delineando in tal modo un complessivo contesto che senz'altro necessita di riflessione e chiarimento interpretativo.

A tali fini AGI partecipa volentieri al dibattito attivato con le considerazioni che seguono.

#### **I BANDI TIPO**

Come affermato in premessa, questione basilare riguarda l'individuazione di portata e ragioni d'essere della scelta legislativa a favore dei “bandi tipo”.

Sul punto va anzitutto rilevato come il DL 70 tragga origine da una precisa opzione legislativa, costituita dall'esigenza di uniformare e semplificare i procedimenti di scelta del contraente, spesso caratterizzati da un elevato grado di difformità operativa anche quale conseguenza degli oggettivi dubbi interpretativi che afferiscono a molta parte della vigente disciplina in materia di contratti pubblici, ciò che genera contenzioso e rallentamento dei processi di spesa.

In tale contesto, una delle componenti più problematiche è proprio quella legata alle prescrizioni che le stazioni appaltanti usano inserire nei bandi, accompagnandole sempre più di frequente dalla sanzione dell'esclusione dalla gara per il caso di mancato rispetto; in virtù dell'obbligatorietà della *lex specialis* dell'affidamento, al configurarsi della fattispecie prevista il committente resta vincolato all'esclusione, a fronte della quale l'interessato ha, quale unica alternativa, il ricorso.

Da qui l'esigenza di una standardizzazione delle procedure di gara, della quale anche l'AGI si era fatta portatrice nel dibattito che ha preceduto l'adozione del DL 70, alla quale ha fatto seguito sia la

modifica dell'art.64 che quella del successivo art.74, comma 2 bis, in materia di “modelli standard” per le dichiarazioni sostitutive da rendersi dalle imprese ai fini dell'accesso alle gare.

In altri e decisivi termini, muovendo da una esperienza che già aveva visto protagonista l'Autorità di Vigilanza negli anni passati, il legislatore ha inteso conferire copertura normativa ad uno strumento, quello dei bandi tipo, con le connesse dichiarazioni standard, destinato a rendere omogenei i comportamenti della committenza, riducendo così incertezze applicative e contenzioso.

Deriva da quanto precede, la natura senz'altro vincolante di bandi e schemi tipo.

Al riguardo si propende per la natura regolamentare dei provvedimenti destinati ad approvare detti schemi operativi, considerato, da un lato, che l'adozione di essi è sorretta da specifica copertura legislativa avente sostanzialmente il carattere di una delega, dall'altro, che esiste un'obiettiva specularità tra le procedure approvative individuate dagli art.64 e 74, il cui valore non può certo cambiare a seconda che l'atto conclusivo risulti adottato con provvedimento ministeriale o atto dell'AVCP.

Rispetto a tale impostazione non sembra peraltro rilevare il tema di una supposta violazione delle autonomie, specie di quelle locali, considerato che: a) l'art.64 lascia facoltà alle stazioni appaltanti di derogare al bando tipo a fronte di adeguata motivazione; b) la standardizzazione operata dal bando tipo e dalle dichiarazioni standard riguarda solo la corretta “lettura delle procedure” in applicazione della normativa vigente che ad esse si riferisce, non già l'espropriazione di scelte strettamente di merito quali, ad esempio quelle, in materia di forniture e servizi, per la determinazione dei requisiti di capacità economico finanziaria e tecnico organizzativa, con la relativa quantificazione, necessari per accedere alle gare.

Nel dettaglio si ritiene, poi, sia opportuno prevedere - così come avvenuto in passato - più tipologie di bandi tipo, a seconda che vengano in rilievo servizi, forniture o lavori, di importo comunitario e non.

Altra questione è poi quella del rapporto tra “bando tipo” e limitazione - di cui si è già accennato - del novero delle prescrizioni che le stazioni appaltanti sono legittimate ad inserire nei bandi a pena di esclusione, secondo la nuova specifica disciplina dettata dall'art.46, comma 1 bis.

L'eccesso di previsioni di tale portata comporta, come già detto, l'aumento dei provvedimenti di esclusione e quindi del successivo contenzioso che costituisce l'unica opzione per tentare, da parte dell'interessato, la riammissione alla gara.

Nel cercare di circoscrivere il fenomeno, il legislatore ha inteso delimitare a monte l'ambito entro il quale “individuare” le cause di esclusione per così dire legittime, stabilendo che, a parte le due fattispecie generali di incertezza assoluta su contenuto o provenienza dell'offerta e di non integrità dei plichi contenenti l'offerta stessa o la domanda di partecipazione, tale ambito è costituito dalla violazione delle prescrizioni del Codice, del Regolamento e (sic!) di altre disposizioni di legge vigenti.

Tale ultimo riferimento, lungi dal chiudere il campo, rischia di allargarlo a dismisura e comunque di rendere più incerta qualsiasi valutazione proprio per l'ampiezza del novero delle fonti che vi rientrano (in pratica tutte); d'altro canto - come giustamente rileva il documento di consultazione - non pochi sono i casi di adempimenti (quali la costituzione della cauzione provvisoria) la cui osservanza Codice e Regolamento non fissano chiaramente a pena di esclusione.

Esiste quindi tuttora un problema di interpretazione della legislazione vigente finalizzata ad individuare le prescrizioni che, a prescindere dalla rispettiva formulazione nella legislazione di riferimento (esclusione espressamente comminata, solo atteggiamento doveroso prescritto, ecc.) possono essere legittimamente fissate a pena di esclusione.

Tutt'altro che secondaria è, peraltro, la conseguente previsione che sancisce, per la prima volta, la sanzione di radicale nullità (tamquam non esset) delle previsioni a pena di esclusione non appartenenti al novero di quelle legittime.

Ma poiché l'individuazione di tale novero è, come testé visto, in larga parte materia di interpretazione, le previsioni del comma 1 bis dell'art.46, se considerate in via autonoma, rischiano di far crescere il contenzioso piuttosto che ridurlo.

L'unico modo per dar senso e reale portata deflattiva del contenzioso all'intervento del legislatore è quindi quello di legare strettamente l'operatività del comma 1 bis dell'art.46 all'adozione dei "bando tipo" nel senso che sarà questo, interpretando in via autentica la legge, ad individuare il novero delle prescrizioni che possono essere legittimamente stabilite a pena di esclusione, fatta salva la già rilevata clausola di salvaguardia che permette alle stazioni appaltanti di operare in deroga.

In tal senso vale quanto espressamente stabilito dal comma 4 bis dell'art.64, dove è previsto che sia il bando tipo a dover indicare le cause tassative di esclusione di cui all'articolo 46, comma 1-bis.

Alla luce di quanto precede è quindi possibile affermare che al bando tipo spetta di operare la individuazione/selezione delle prescrizioni richiedibili a pena di esclusione, fermo restando che:

- a) di tale novero faranno parte anche le indicazioni volte a garantire contenuto o provenienza dell'offerta e l'integrità dei plichi;
- b) tutte le prescrizioni a pena di esclusione che non trovassero riscontro nel bando tipo saranno da considerarsi nulle, quindi come non apposte, salvo l'esercizio della facoltà di deroga di cui alla successiva lettera c);
- c) deroghe al bando tipo (comprese quelle concernenti la tipizzazione delle prescrizioni che possono essere richieste a pena di esclusione), sono ammissibili da parte della singola stazione appaltante purché espressamente ed opportunamente motivate, fatta salva la possibilità del vaglio giurisdizionale su tale scelta;
- d) la deroga motivata non riguarda la sola esigenza di tener conto delle modifiche legislative intervenute nelle more dell'adeguamento ad esse dei bandi tipo da parte dell'Autorità, ma anche, ad esempio, quella di rispettare "protocolli di legalità" sottoscritti dalle stazioni appaltanti, ovvero di dar corso a specifiche legittime esigenze.

Relativamente, poi, all'evocata tematica del "soccorso istruttorio" che costituirebbe strumento volto a sanare le carenze documentali in tutti i casi in cui tale situazione non sia accompagnata dalla sanzione dell'esclusione, va considerato che tale istituto è da applicarsi con cautela, in particolare tenendo conto degli specifici principi che trovano preminente applicazione in materia di contratti pubblici.

Trattasi non solo della par condicio che va sempre garantita, ma anche di quanto evidenziato dalla giurisprudenza amministrativa espressasi in passato sulle modalità di gestione della procedura di

verifica “a campione” dei requisiti, già prevista dall’art.10, comma 1 quater della Legge 109, attualmente art.48 del Codice dei contratti: l’interesse del concorrente al completamento della documentazione resa deve tener conto dell’interesse dell’amministrazione alla più rapida conclusione della procedura di gara, sul quale non può prevalere ad ogni costo, pena il rischio di un vero e proprio impasse operativo<sup>1</sup>.

Conclusivamente, quindi, l’adozione dei provvedimenti riguardanti bandi e dichiarazioni tipo costituisce, ad avviso dell’AGI, vera e propria condizione di operatività del comma 1 bis dell’art.46, senza di che le previsioni ivi contenute non sembrano in grado di esplicare reali effetti innovativi sul quadro normativo quo ante<sup>2</sup>.

Va quindi confermato che i bandi tipo dei cui all’art.64 e le dichiarazioni standardizzate di cui al successivo art.72 costituiscono elementi fortemente complementari, la cui adozione/aggiornamento deve essere contestuale.

### **DISCIPLINA dell’art.38**

Disciplinando l’art.38 del Codice dei contratti vere e proprie condizioni di accesso alle gare, il suo stretto collegamento con i contenuti del bando tipo e delle dichiarazioni standard appare quanto mai evidente.

In merito alle più recenti innovazioni recate alla relativa disciplina, devesi anzitutto considerare come la scelta del legislatore - peraltro condivisibile - di allargare il novero dei “soggetti sensibili”, ai fini del possesso dei requisiti stabiliti alle lettere b) e c) del 1° comma, non possa che riferirsi alle persone fisiche che utilizzano lo schermo societario per non apparire in prima persona.

È il caso, sul quale non sembra esservi dubbio interpretativo, della persona fisica titolare, ad esempio, dell’intero pacchetto azionario di una società; quest’ultima, unitamente agli amministratori muniti di poteri di rappresentanza ed al/ai Direttore/i tecnico/i, che già erano tenuti in tal senso, non dovrà aver riportato condanne definitive per gravi reati che incidono sulla sua moralità professionale o avere su questi patteggiato, né avere in corso procedimenti per l’applicazione di una misura di prevenzione rilevante ai fini antimafia.

Sembra, allo stesso modo, essere il caso della persona fisica che possieda quote di maggioranza in una società con un numero limitato di soci (meno di quattro).

Ipotizzare un “cambio di passo” del legislatore - come in effetti si prospetta nel documento di discussione (pag.29) - per il quale, se il socio è unico, il riferimento della norma è alla persona fisica, se viceversa trattasi di due o tre soci, viene in rilievo la persona giuridica, non appare in linea né con la legislazione vigente, né con le finalità del legislatore.

Il contrasto legislativo deriva dal fatto che, se fosse il socio persona giuridica a dover dichiarare quanto menzionato alle lettere b) e c), esso sarebbe costretto ad esprimersi su circostanze a sé non riferibili: è impensabile infatti che la persona giuridica possa essere oggetto di procedimenti per l’applicazione di una misura di prevenzione di cui all’art.3 della legge 1423/56, che contempla il soggiorno obbligato o il divieto di soggiorno, o di una delle cause ostative ex art.10 della legge 575/65; tali misure sanzionatorie, infatti, hanno per evidente destinatario persone fisiche e non società. Similmente può concludersi per la lettera c), dove le figure di reato sono riferibili a persone fisiche.

Né sembra peraltro utile sostenere che nelle circostanze considerate non sarebbe la società di capitali socia di riferimento ad essere considerata, bensì, ancora una volta, i suoi amministratori e/o direttori tecnici; è evidente infatti che la norma intende colpire il socio occulto, non già suoi rappresentanti; d'altra parte così operando si arriverebbe solo a moltiplicare dichiarazioni sostitutive e susseguenti controlli, senza arrivare a conclusioni di significato sotto il profilo della tutela dell'interesse pubblico, appesantendo solo l'intero sistema.

Si è dell'avviso, quindi che l'innovativa indicazione recata dalle lett. b) e c) dell'art.38 vada sempre letta come riferita alle (sole) persone fisiche titolari di quote di riferimento, ancorché non di maggioranza assoluta.

Per quanto, in secondo luogo, attiene alla nuova disciplina fissata dal comma 1 ter per l'iscrizione nel casellario informatico dei casi di falsa dichiarazione e/o falsa documentazione connotati da elementi di particolare rilevanza, si è dell'avviso che l'evoluzione normativa sia da considerare con favore.

Rimane peraltro un problema di coordinamento tra la decisione della stazione appaltante, che rilevando la falsità esclude l'impresa dalla singola gara, e la tempistica per la distinta valutazione da parte dell'Autorità di Vigilanza del rilievo della fattispecie ai fini dell'iscrizione dell'impresa nel Casellario, che comporta l'impossibilità di concorrere e/o assumere contratti per un anno.

Al riguardo si è dell'avviso che, laddove il provvedimento di esclusione sia fatto oggetto di impugnativa e/o contestazione da parte dell'interessato, l'Autorità non possa che attendere gli esiti definitivi di tale percorso prima di valutare i presupposti per l'iscrizione nel casellario; ciò tanto per evitare situazioni contraddittorie che per tener conto delle valutazioni effettuate dal giudice amministrativo in sede di decisione.

Terza questione, infine, riguarda la nuova disciplina di cui al comma 2, afferente le dichiarazioni da rendersi da parte dei concorrenti circa le condanne eventualmente riportate, che esclude espressamente dall'obbligo quelle concernenti reati depenalizzati ovvero dichiarati estinti dopo la condanna stessa, quelle revocate e quelle per le quali sia intervenuta riabilitazione.

Orbene, mentre revoca, riabilitazione ed estinzione necessitano di un provvedimento giurisdizionale di accertamento, per la depenalizzazione la circostanza opera ex lege, ciò che ne impone una considerazione separata ai fini di quanto indicato alla pagg. 29- 30 del documento base di discussione.

## **DISCIPLINA del costo del lavoro**

Questioni non secondarie attinenti la formulazione dei bandi di gara si pongono - come correttamente ed ampiamente rilevato nel documento di discussione - con riferimento alle modifiche introdotte all'art.81 del Codice, attraverso l'inserimento del nuovo comma 3 bis e la conseguente soppressione della lettera g) del successivo art.87.

L'obiettivo dell'intervento del legislatore sembra essere non tanto quello di garantire il rispetto da parte degli operatori della legislazione in materia di costo del lavoro, scongiurando in tal modo la disapplicazione o l'elusione degli obblighi sul rispetto dei minimi salariali o della congruità della manodopera regolarmente denunciata ciò che in altre disposizioni trova opportuna copertura, bensì quello di agevolare le stazioni appaltanti nel combattere le offerte recanti ribassi anomali.

Sul punto occorre peraltro precisare che l'AGI è non solo favorevole ma strenuamente convinta e fattivamente impegnata nel far sì che il puntuale rispetto delle norme in materia di retribuzione dei lavoratori, così come quelle in riguardanti il pagamento dei contributi e delle coperture assicurative costituiscano oltre ad un imperativo categorico morale, prima ancora che giuridico, anche fattore di corretta competitività di mercato ed elemento di crescita dell'intero settore dell'industria italiana delle costruzioni.

La grande impresa, del resto, per propria natura e ragion d'essere, da tempo offre le più elevate garanzie in questo senso, anche in termini di presenza nei cantieri delle organizzazioni sindacali e di dialogo con le stesse nei luoghi di lavoro.

Ciò posto e rilevato come tali obiettivi vengano, secondo quanto già accennato, correttamente perseguiti attraverso "altre" disposizioni vigenti, prime tra tutte quelle riguardanti l'utilizzo del DURC, la verifica degli indici di congruità a fine lavori, obbligatoria dal 2012, e la c.d. "patente a punti", anch'essa di imminente adozione, si è dell'avviso che le modifiche all'art.81 hanno obiettivo diverso: quello di sottrarre spazio a chi intenda giustificare offerte palesemente anomale, riducendo l'entità economica disponibile per dar conto di quel che rimane dell'offerta presentata - materiali, trasporti e noli, oltre a spese generali ed utile - dedotto dall'offerta stessa il ribasso e "bloccato" il costo del lavoro come quantificato dalla stazione appaltante in sede di progetto<sup>3</sup>.

Ciò senza che la suddetta quantificazione abbia nulla a che vedere con la libertà dell'impresa di organizzare al meglio i propri fattori produttivi, compresa evidentemente la manodopera, per la realizzazione delle prestazioni oggetto del contratto, libertà che rimane piena, rilevando il "blocco" solo ed esclusivamente ai fini della, ed in sede di, valutazione dell'anomalia.

In quest'ottica l'obiettivo appare quindi condivisibile, salvo il fondato dubbio che porre limitazioni "a priori" nell'utilizzo degli argomenti spendibili dai concorrenti alle gare per giustificare le proprie offerte (nella specie un'organizzazione produttiva diversa da quella "quotata" in progetto dall'amministrazione), possa essere oggetto di facile contestazione in sede comunitaria.

In quest'ottica, la norma rischia la conseguenza della disapplicazione, a meno di non individuarne un diverso (ed innovativo) significato rispetto a quanto in essere fino alla più recente modifica (inderogabilità dei minimi salariali fissati dalla contrattazione collettiva).

---

1 In tal senso si veda Consiglio di Stato, sez. VI, 11 novembre 2004 n°7294 a tenore del quale l'articolo 10, comma 1 quater, della legge 11 febbraio 1994, n°109, in caso di mancata presentazione della documentazione necessaria a comprovare i requisiti di partecipazione, non distingue tra inadempimento formale (per errore od altro) e sostanziale (mancanza dei requisiti) con la conseguenza che l'esclusione dalla gara, l'incameramento della cauzione e la segnalazione all'Autorità di Vigilanza conseguono automaticamente alla scadenza del termine di presentazione dei documenti, che è un termine perentorio, perché se fosse possibile presentare i documenti richiesti oltre quel limite, la Pa sarebbe costretta a tenere in piedi la struttura organizzativa predisposta per la gara senza alcun momento finale che consenta di chiudere la verifica.

2 È da notare, infatti, come, al di là del fatto di aver ribadito come sia l'ambito legislativo più volte considerato (Codice, Regolamento e altre disposizioni legislative) quello entro il quale è possibile individuare le (legittime) cause di esclusione che i bandi possono contenere, il che necessariamente avviene attraverso un processo interpretativo di per sé soggettivo, l'unico aspetto innovativo della norma è costituito dall'intervenuta codificazione dell'ipotesi di prescrizione di bando nulla, quindi oggetto di automatica disapplicazione in quanto tamquam non esset. Al riguardo va peraltro rilevato come già in passato alcune pronunce si erano espresse nel senso della possibilità di disapplicazione del bando contrastante con norme inderogabili, quanto meno nelle ipotesi in cui esse fossero di derivazione comunitaria (Così Consiglio di Stato, sez. V, 6 maggio 2002, n. 2406).

3 Ipotizzando un importo a base d'asta di 100 e la quantificazione del costo della manodopera operato dall'amministrazione appaltante il 25, a fronte di un ribasso del 35% il concorrente che lo ha proposto avrà disponibile il 40% di 100 ( $100 - 35\% = 65$  al quale va sottratto 25 su cui non è ammessa giustificazione, rimanendo utilizzabile 40) per giustificare il proprio ribasso.