

ANAS

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

1. Premessa

L'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici ha promosso una consultazione con i principali operatori del settore, avente ad oggetto alcune delle novità normative introdotte dal decreto legge n. 70 del 13 maggio 2011, convertito in Legge n. 106/2011 (di seguito anche "Decreto Sviluppo"), entrato in vigore il 14 maggio scorso, che in sede di prima applicazione hanno suscitato i maggiori dubbi interpretativi ed applicativi.

Con la consultazione in oggetto, l'Autorità si prefigge l'apprezzabile obiettivo di fornire delle indicazioni utili ad orientare il comportamento delle stazioni appaltanti in fase di predisposizione della documentazione di gara e di valutazione del comportamento dei concorrenti. I risultati della consultazione costituiranno anche un utile base per individuare le cause tassative di esclusione per i bandi tipo, che l'AVCP deve redigere in base alle nuove previsioni.

In particolare, le norme oggetto di attenzione nel documento di consultazione diffuso nei giorni scorsi dall'AVCP riguardano:

- a) la disciplina della tassatività delle cause di esclusione dei bandi e la tipizzazione delle stesse nell'ambito dei c.d. bandi tipo (cfr. art. 46, comma 1 bis e art. 64, comma 4 bis Codice dei Contratti Pubblici)
- b) le novità in materia di determinazione del costo del lavoro (cfr. art. 81, comma 3 bis, Codice Contratti Pubblici).

Di seguito si procederà quindi a formulare alcune considerazioni in ordine ai profili oggetto di attenzione, seguendo l'ordine di esposizione del documento di consultazione.

2. La disciplina della tassatività delle cause di esclusione dei bandi e la tipizzazione delle stesse nell'ambito dei c.d. bandi tipo (cfr. art. 46, comma 1 bis e art. 64, comma 4 bis Codice dei Contratti Pubblici)

Come noto, il Decreto Sviluppo detta alcune importanti novità in tema di redazione della documentazione di gara da parte delle amministrazioni aggiudicatrici, che incidono in maniera significativa sull'attività di ANAS, quale principale stazione appaltante del Paese.

In particolare:

- l'art. 4, comma 2, lett. h) introduce, all'articolo 64 del Codice dei Contratti, il comma 4-bis, secondo cui "I bandi sono predisposti dalle stazioni appaltanti sulla base di modelli (bandi-tipo) approvati dall'Autorità, previo parere del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e sentite le categorie professionali interessate, con l'indicazione delle cause tassative di

esclusione di cui all'articolo 46, comma 1-bis. Le stazioni appaltanti nella delibera a contrarre motivano espressamente in ordine alle deroghe al bando-tipo”.

La previsione troverà applicazione solo a seguito della predisposizione da parte dell'AVCP dei c.d. bandi tipo;

- l'art. 4, comma 2, lett. d) introduce nell'art. 46 del Codice una comma 1 bis in base al quale: “La stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di 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; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle”.

Tale previsione, a differenza della precedente, trova applicazione immediata a tutte le procedure i cui bandi o avvisi sono stati pubblicati successivamente al 14 maggio 2011, data di entrata in vigore del decreto-legge (cfr. art. 4, comma 3 del Decreto Sviluppo).

La finalità perseguita dal legislatore con le norme in oggetto emerge dall'art. 4, comma 1 lett n) del Decreto Sviluppo, laddove si sintetizza che le modifiche in questione sono volte a prevedere la “tipizzazione delle cause di esclusione dalle gare, cause che possono essere solo quelle previste dal Codice dei contratti pubblici e dal relativo regolamento di esecuzione ed attuazione, con irrilevanza delle clausole aggiuntive eventualmente previste dalle stazioni appaltanti nella documentazione di gara”.

La ratio della novella è ulteriormente dettagliata nella relazione illustrativa al Decreto Sviluppo, dove si precisa che l'intento è quello di effettuare una “tipizzazione tassativa delle cause di esclusione dalle gare e di ridurre il potere discrezionale della stazione appaltante”, limitando “le numerose esclusioni che avvengono sulla base di elementi formali e non sostanziali, con l'obiettivo di assicurare il rispetto del principio della concorrenza e di ridurre il contenzioso in materia di affidamento dei contratti pubblici”.

Tale impostazione, come evidenziato anche dai primi commentatori, sembrerebbe voler normatizzare quell'orientamento giurisprudenziale che, sulla base di un approccio sostanzialistico, ha ritenuto via via illegittime una serie di cause di esclusione legate a prescrizioni di carattere esclusivamente formale, nel tentativo di trovare un non semplice equilibrio tra il principio della parità di trattamento (spesso tutelato mediante prescrizioni formali) e quello di massima concorrenza. In realtà il consolidarsi di tale orientamento ha già condotto all'eliminazione di buona parte delle clausole generali in materia di esclusione presenti in passato nei bandi di gara di molte stazioni appaltanti.

Se questo è l'intendimento del legislatore, non si possono tacere in via preliminare le perplessità suscitate dalla novella in quanto finisce con l'introdurre un regime indifferenziato per tutte le amministrazioni che non tiene conto della circostanza che ad oggi il mercato dei contratti pubblici è caratterizzato da più di 13.000 stazioni appaltanti, molte delle quali di piccole dimensioni e prive delle necessarie competenze tecniche. Come ampiamente emerso anche dalla discussione sul Libro verde della UE, appare, invece, necessario immaginare un sistema di regole differenziato in base

alle dimensioni delle stazioni appaltanti, riconoscendo maggiori margini di discrezionalità a quelle, come l'ANAS, dotate dei necessari requisiti di competenza tecnica ed esperienza.

Per quanto riguarda poi il merito della novella, dal combinato disposto degli artt. 46, comma 1 bis e 64, comma 4 bis del Codice emergono una serie di prescrizioni per le stazioni appaltanti, le quali:

a) sin dal 14 maggio scorso, non possono inserire nei bandi e nella documentazione di gara prescrizioni a pena di esclusione ulteriori rispetto alle ipotesi tipizzate nell'art. 46, comma 1 bis (c.d. tipizzazione delle cause di esclusione). Tali cause di esclusione saranno poi inserite a regime nell'ambito dei bandi tipo approvati dall'AVCP ma il divieto per le stazioni appaltanti è già operativo, pena la nullità delle prescrizioni introdotte;

b) saranno tenute in linea di principio a predisporre i bandi di gara sulla base dei contenuti dei c.d. bandi tipo (una volta approvati dall'AVCP); eventuali deroghe saranno ammesse solo con una motivazione esplicita nell'ambito della delibera a contrarre.

Tali previsioni determinano diverse problematiche di carattere interpretativo ed operativo per quanto attiene ai contenuti dei bandi di gara e alla valutazione del comportamento dei concorrenti ai fini di una eventuale esclusione dalla procedura.

a) Divieto di inserire nei bandi prescrizioni a pena di esclusione ulteriori rispetto alle ipotesi tipizzate dall'art. 46 Codice

Per quanto riguarda, in particolare, la prima delle due prescrizioni – il divieto di inserire nei bandi prescrizioni a pena di esclusione ulteriori rispetto alle ipotesi tipizzate dall'art. 46 Codice – tale previsione non sempre risulta di agevole applicazione. Come evidenziato in sede di primo commento alla norma, in effetti, la novella sembra confondere il concetto di tipizzazione (che l'art. 46 comma 1 bis sembra in effetti compiere laddove, accanto al riferimento ad un elenco di norme, peraltro non tassativo, indica alcuni criteri che la stazione appaltante e l'Autorità deve seguire per individuare le ipotesi legittime di esclusione) con quello di tassatività (che sembra essere erroneamente richiamato nella rubrica dell'art. 46).

Ciò posto, le stazioni appaltanti e l'AVCP (in sede di redazione dei bandi tipo) dovrebbero utilizzare nell'applicazione della norma un approccio ispirato ad un canone di ragionevolezza, con la conseguenza che l'elencazione che sarà compiuta dall'AVCP nei bandi tipo dovrebbe poter essere integrata, in caso di eventuali lacune o dimenticanze.

Uno dei principali problemi applicativi evidenziati dall'AVCP attiene alla circostanza che:

i. mentre possono ritenersi senza dubbio legittime le clausole dei bandi che prevedano l'esclusione a fronte di violazioni di prescrizioni sanzionate espressamente da una norma con l'esclusione dalla gara (ad esempio, in caso di mancata presentazione dell'impegno del fideiussore ai sensi dell'art. 75, comma 8, Codice);

ii. più complesse sono le ipotesi in cui il concorrente violi una prescrizione che non è sanzionata espressamente dalla legge con l'esclusione dalla gara (ad esempio, in caso di mancata presentazione della cauzione provvisoria ex art. 75 del Codice).

Infatti, in tale seconda ipotesi, la stazione appaltante dovrebbe valutare se, pur mancando la sanzione normativa dell'esclusione, vi sia una previsione che comunque imponga o vieti quel dato comportamento (come è appunto nel caso della cauzione provvisoria ad opera dell'art. 75 del Codice), ed in caso affermativo potrebbe comminare l'esclusione dalla gara.

Pertanto, in base a tale interpretazione estensiva della portata dell'art. 46, comma 1 bis, (che ANAS condivide) si dovrebbero considerare previsti a pena di esclusione tutti i comportamenti prescritti/vietati dal Codice o dal Regolamento per i quali, pur non comminando la norma di riferimento la sanzione dell'esclusione, la formulazione della stessa sia tale da voler indicare un obbligo ovvero un divieto. Ciò anche sulla base dell'argomento testuale che si desume dall'art. 46 laddove utilizza il termine "prescrizioni" che non può essere considerato sinonimo di disposizioni, volendo piuttosto riferirsi alle norme che prescrivono degli adempimenti per garantire una valutazione sull'offerente o sull'offerta.

Sotto un diverso profilo, la stazione appaltante dovrebbe analizzare la natura del comportamento del concorrente al fine di verificare se lo stesso produce comunque le conseguenze previste dall'art. 46, comma 1 bis del Codice (incertezza assoluta sul contenuto dell'offerta o sulla provenienza della stessa, non integrità del plico o altre irregolarità relative alla chiusura tali da far ritenere violato il principio di segretezza delle offerte). Al riguardo si evidenzia una lacuna tra i criteri di valutazione indicati, dal momento che manca ogni riferimento alla tutela della parità di trattamento. Tale principio dovrebbe in ogni caso essere tenuto in considerazione, in applicazione dell'art. 3 Costituzione.

La delicatezza di una simile valutazione è accresciuta dalla gravità della sanzione - la nullità - che la novella stabilisce per quelle previsioni del bando che introducano cause di esclusione che siano ritenute prive di una specifica copertura normativa ai sensi del predetto art. 46, comma 1 bis del Codice. Tale sanzione comporta, infatti - come precisa anche l'Autorità - che le cause di esclusione che siano ritenute non tipizzate dovrebbero essere automaticamente inefficaci e quindi disapplicate già dalla commissione di gara, senza necessità di annullamento giurisdizionale.

Ovviamente tale tipo di indagine dovrebbe essere compiuto dalla stazione appaltante non solo in sede di predisposizione dei bandi di gara ma anche - indipendentemente dalla previsione nel bando - quando valuta l'eventuale violazione da parte del concorrente di una norma di legge.

Alla luce delle considerazioni sopra formulate, possono ritenersi legittime, secondo l'AVCP, le cause di esclusione riconducibili alle ipotesi di:

- incertezza assoluta sul contenuto dell'offerta (es. indicazione mancante o errata del riferimento alla gara sul plico esterno generale, nel cui interno sono contenute le buste componenti l'offerta) ed offerta carente di altri elementi essenziali (es. mancanza di sottoscrizione da parte del legale rappresentante dell'impresa o firma illeggibile senza indicazione della qualifica del sottoscrittore, mancanza del domicilio eletto per le comunicazioni, mancata allegazione di copia del documento di identità del sottoscrittore);
- non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione ovvero 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 (es. mancanza di sigillatura; se invece vengono usate modalità diverse da quelle richieste dal bando ma comunque in grado di assicurare l'ermeticità del plico, l'esclusione non dovrebbe essere comminata);
- mancanza di uno dei requisiti generali di cui all'art. 38 del Codice;
- ipotesi in cui la s.a. accerti che le offerte sono imputabili ad un solo centro decisionale sulla base di elementi univoci;
- violazione dei termini per la presentazione dell'offerta (anche se l'art. 55 Codice non indica le conseguenze del mancato rispetto del termine, la prescrizione deve essere intesa a pena di esclusione in quanto il suo mancato rispetto comporta una lesione della par condicio tra i concorrenti);

- partecipazione contemporanea alla stessa gara in forma individuale ed in RTI o in più RTI;
- violazione delle norme in tema di partecipazione dei consorzi ordinari, dei consorzi stabili, dei consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro e/o tra imprese artigiane;
- violazione delle prescrizioni in materia di avvalimento dettate dall'art. 49 del Codice (la mancanza delle dichiarazioni richieste o del contratto di avvalimento o la non conformità dei contenuti determinano la mancanza dei requisiti nel concorrente. Vi sono poi una serie di prescrizioni in ordine: alla possibilità di avvalersi di una sola impresa, salvo diversa previsione del bando; al divieto di prestare requisiti a più concorrenti nella stessa gara salvo diversa previsione del bando; al divieto di partecipare alla stessa gara come concorrente ed impresa ausiliaria);
- violazioni delle prescrizioni in tema di subappalto (in linea di principio una dichiarazione generica o irregolare del concorrente in ordine al subappalto non comporta l'esclusione ma l'impossibilità di avvalersi dello stesso; nel caso, invece, in cui la dichiarazione di subappalto sia necessaria per documentare il possesso dei requisiti richiesti ai concorrenti, la mancanza della stessa comporta l'esclusione per assenza dei requisiti);
- mancata produzione della cauzione provvisoria (anche in assenza di una norma espressa, è stata ritenuta dalla giurisprudenza strumento indispensabile per garantire il corretto svolgersi della procedura e quindi un elemento essenziale ai sensi dell'art. 46, comma 1 bis);
- offerta priva dell'impegno del fideiussore a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto in caso di aggiudicazione;
- mancato utilizzo dei moduli predisposti dalle s.a. in caso di offerta determinata mediante prezzi unitari;
- esclusione automatica delle offerte anomale;
- verifica a campione dei requisiti speciali ex art. 48 Codice.
- mancato versamento del contributo all'AVCP (ai sensi art. 1 commi 65 e 67 L. n. 266/05).

Alle ipotesi indicate dall'AVCP se ne possono aggiungere altre:

- mancata specificazione nell'offerta relativa ad un servizio o una fornitura, delle parti che saranno eseguite dai singoli operatori economici consorziati o riuniti (art. 37, comma 4 Codice)
- violazione delle norme previste dall'art. 37 comma 14 Codice in materia di conferimento del mandato in caso di RTI.

Più problematica appare, invece, secondo l'AVCP, la legittimità delle cause di esclusione in caso di:

- previsione dell'obbligo per il concorrente di accettare gli obblighi in materia di contrasto delle infiltrazioni criminali negli appalti previsti nell'ambito di Protocolli di Legalità sottoscritti dalle stazioni appaltanti con le prefetture territorialmente competenti. Al riguardo l'AVCP ha evidenziato che "una stretta interpretazione del principio di tassatività delle cause di esclusione potrebbe portare ad avanzare taluni dubbi sulla persistente possibilità di condizionare la partecipazione alla gara all'accettazione di protocollo (o degli obblighi in essi contemplati), non essendo la stessa imposta dalla normativa vigente e dal momento che la mancata accettazione non influisce sulle ulteriori conseguenze previste dall'art. 46, comma 1 bis"¹. E' di tutta evidenza come il consolidarsi di una simile interpretazione restrittiva degli spazi che residuano alle stazioni appaltanti in sede di predisposizione del bando avrebbe un impatto notevole in relazione ai numerosissimi Protocolli di legalità che ANAS ha sottoscritto con le Prefetture in relazione a diversi interventi di propria competenza. Peraltro, non si può tacere il fatto che la sottoscrizione dei Protocolli di

Legalità trovi una propria copertura normativa nella legislazione in materia di prevenzione e contrasto della criminalità organizzata nel settore degli appalti;

- mancata o errata indicazione del riferimento alla gara nelle buste interne componenti l'offerta ovvero su uno o più documenti componenti l'offerta, sempre che l'indicazione sia presente sul plico generale. A tale riguardo si condivide la posizione espressa dall'AVCP secondo cui tale mancanza non sembra essere un elemento in grado di incidere sull'incertezza assoluta del contenuto, con la conseguenza che non sembra legittima un'esclusione operata per tali motivi;
- mancata indicazione nel plico esterno o su una delle buste interne dell'offerta del lotto per il quale si intende partecipare, sempre che sia indicata la gara e che i singoli documenti componenti l'offerta siano riferiti ai singoli lotti. Al riguardo si condivide la posizione dell'AVCP sul fatto che la mancata indicazione del lotto, per lo stesso motivo di cui sopra, non sembra sufficiente a giustificare l'esclusione (sempre a condizione che la documentazione inserita nelle buste interne sia incontrovertibilmente riferibile al/ai lotto/i cui il concorrente intende presentare offerta). Cosa diversa sarebbe se il plico esterno difettesse totalmente dell'indicazione della gara (in tal caso sarebbe assolutamente impossibile per la Stazione appaltante risalire alla gara);
- mancanza di sottoscrizione da parte del legale rappresentante su tutte le pagine dell'offerta. Sul punto l'AVCP pone in risalto che non si tratta di un adempimento prescritto dalla normativa vigente, propendendo per illegittimità della esclusione per tale motivo. Si condivide tale impostazione dal momento che ciò che risulta essenziale è la sottoscrizione in calce da parte del legale rappresentante dei documenti prodotti. Invece, comminare l'esclusione in caso di mancata sottoscrizione di tutte le pagine sembra essere una sanzione caratterizzata da eccessivo formalismo, se ci si trova di fronte ad un'offerta che sia stata presentata in un plico adeguatamente sigillato da garantire la segretezza del contenuto (in modo cioè da poter escludere che eventuali difetti di sottoscrizione di una pagina siano stati dettati dalla manomissione del plico e dall'inserimento di una pagina in luogo di un'altra senza la volontà del sottoscrittore);
- mancanza di sottoscrizione da parte del legale rappresentante su un documento integrante la domanda di partecipazione (sul punto l'AVCP propende per considerare tale mancanza un'irregolarità formale sanabile ai sensi dell'art. 46);
- mancata allegazione al testo della dichiarazione sostitutiva rilasciata ai sensi del d.P.R. n. 445/2000, della copia fotostatica del documento d'identità del sottoscrittore, quando la dichiarazione viene inserita nel plico (es. per l'autocertificazione del possesso dei requisiti di partecipazione alle procedure di gara). Al riguardo l'AVCP ritiene che l'allegazione di un valido documento d'identità alla dichiarazione sostitutiva non costituisce mero onere formale ma un obbligo fondamentale del sottoscrittore. Sul punto si conviene con tale impostazione dal momento che la mancanza totale all'interno della busta della copia del documento d'identità farebbe venir meno un elemento essenziale del carattere certificativo della dichiarazione sostitutiva e quindi dovrebbe comportare l'esclusione. In proposito sembra tuttavia potersi ritenere in ogni caso legittimo il comportamento del concorrente che alleggi nella busta interna una sola copia del documento d'identità e non di tante copie quante sono le dichiarazioni sostitutive prodotte (a condizione che le stesse vengano rilasciate dal medesimo soggetto; in caso contrario sarà necessaria comunque una copia fotostatica per ogni sottoscrittore a prescindere dal numero di autocertificazioni da questi inserite nella busta).;
- presentazione di una cauzione provvisoria incompleta di tutti gli elementi previsti dall'art. 75, comma 4, Codice (per l'AVCP non è chiaro se la s.a. possa richiedere un'integrazione documentale) ovvero mancanza dell'autentica da parte del notaio richiesta nel bando a pena di esclusione (l'AVCP dubita se la clausola del bando sia illegittima o se, al contrario in assenza della suddetta autentica, si determini un'incertezza assoluta sulla provenienza

dell'offerta in considerazione del disposto dell'art. 74, comma 5, Codice, che legittimi l'esclusione). Con riguardo a tali profili, in merito alla possibilità di integrazione di un elemento mancante della cauzione provvisoria, si ritiene opportuno porre l'attenzione sul fatto che l'art. 46, comma 1 del D. Lgs. 163/2006, indica espressamente che "nei limiti previsti dagli artt. da 38 a 45, le stazioni appaltanti invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati". La norma che disciplina la cauzione provvisoria è l'art. 75 del Codice dei contratti, quindi di fatto non ricompreso nell'elencazione normativa contenuta nel 1° comma dell'art. 46. Sul punto, però, considerando anche la recente giurisprudenza del TAR Veneto (sentenza del 13 settembre 2011, n. 1376) e del Tar Liguria (sentenza n. 1396 del 22 Settembre 2011) con cui è stata ammessa l'integrazione di una cauzione provvisoria emessa per un importo insufficiente, si nutrono dei dubbi sulla legittimità di un'esclusione comminata per la produzione di una cauzione provvisoria non completa. Sarà quindi necessaria una chiarificazione sul punto;

- mancata dichiarazione dell'impresa di aver effettuato il sopralluogo, considerata l'assenza di una sanzione nell'art. 106, comma 2, Regolamento, si discute se la stessa vada comunque considerata un elemento essenziale dell'offerta ai sensi dell'art. 46, comma 1 bis. Sul punto l'AVCP sembra essere orientata positivamente non solo per i lavori ma anche in caso di forniture e servizi laddove sia fondamentale per la formulazione dell'offerta anche se tra i primi commentatori sono state manifestate alcune perplessità visto che il sopralluogo è finalizzato esclusivamente ad un'assunzione di responsabilità del concorrente;
- mancata allegazione dell'elenco dei documenti inseriti nelle diverse buste: al riguardo si ritiene non necessaria, ai fini della partecipazione ad una gara, l'allegazione dell'elenco dei documenti inseriti nel plico. Ciò considerato anche che si tratterebbe di una prescrizione caratterizzata da eccessivo formalismo, che proprio lo stesso legislatore vuole evitare. Ciò che rileva è solo che il plico stesso contenga quanto richiesto ai concorrenti;
- mancata allegazione di più copie della stessa documentazione già prodotta: sul punto giova evidenziare che il semplice fatto che non sia stata allegata una copia ulteriore di un documento (es. offerta tecnica), non sembra poter essere motivo sufficiente per escludere un concorrente. Ciò anche in considerazione del fatto che, come peraltro più volte sostenuto dalla giurisprudenza, deve essere sanzionata con l'esclusione la mancanza totale di un documento. Nel caso specifico, se un documento è stato già prodotto, ma il difetto riguarda solo l'allegazione di copie in più, tale circostanza non può che costituire oggetto di integrazione ovvero, conformemente alla ratio della novella, restare una mera irregolarità priva di conseguenze pratiche;
- prescrizione nel bando di determinate modalità di sigillatura dei plichi che il concorrente non osserva se sia comunque garantita la chiusura ermetica degli stessi: in merito a tale prescrizione, si ritiene eccessivo escludere un concorrente che, pur avendo sigillato il plico in maniera tale da garantirne l'integrità e l'invulnerabilità del contenuto, non abbia rispettato le prescrizioni del bando. Ciò anche in considerazione del fatto che lo scopo principale perseguito dal legislatore nella modifica dell'art. 46, comma 1-bis è quello di tutelare, oltre che la certezza assoluta sulla provenienza/contenuto dell'offerta, anche la segretezza delle stesse.

In questa sede giova infine evidenziare un'ulteriore serie di prescrizioni a pena di esclusione – non oggetto di attenzione nel documento di consultazione dell'AVCP– di frequente contenuta nella documentazione di gara elaborata da ANAS, nell'ottica di evitare de facto l'accoglimento di offerte (tecnicamente ed economicamente) non rispondenti all'interesse dell'Amministrazione.

Ci si riferisce, in particolare, alla richiesta, a pena di esclusione, che le offerte dei concorrenti siano corredate:

- dall'impegno di accettare senza riserva alcuna tutte le condizioni contrattuali, e di giudicare l'opera realizzabile al prezzo offerto;
- dalla dichiarazione di aver verificato il Progetto posto a base di gara;
- dall'accettazione del Piano di Sicurezza e Coordinamento, nonché della stima dei conseguenti oneri, che rimarranno comunque fissi ed invariabili;
- dalla dichiarazione di aver preso esatta cognizione della natura dell'appalto e delle condizioni contrattuali (compresi quelli eventuali relativi alla raccolta, trasporto e smaltimento dei rifiuti e/o residui di lavorazioni, nonché degli obblighi e degli oneri relativi alle disposizioni in materia di sicurezza, di assicurazione, di condizioni di lavoro e di previdenza e assistenza in vigenti nel luogo ove devono essere eseguiti i lavori) nonché di ogni altra circostanza che possa aver influito o che possa influire sulla determinazione dei prezzi e sull'esecuzione dell'opera e, conseguentemente, di aver tenuto conto di tutto ciò nella determinazione dei prezzi offerti e dei modi e tempi di esecuzione dell'opera prospettati;
- dalla dichiarazione di ritenere i prezzi offerti remunerativi, anche a fronte di eventuali maggiorazioni di costi che dovessero intervenire per lievitazione dei prezzi durante l'esecuzione dei lavori, e di rinunciare fin d'ora a qualsiasi azione o eccezione in merito.

Al riguardo giova infatti evidenziare come tali dichiarazioni siano finalizzate a garantire la sussistenza dei presupposti per l'esecuzione del contratto secondo l'interesse della Stazione Appaltante, con la conseguenza che la loro eventuale mancanza potrebbe concretizzare l'"incertezza assoluta sul contenuto dell'offerta" per difetto di "elementi essenziali", che è indicata tra le ipotesi tipizzate dell'art. 46, comma 1 bis, Codice.

Ugualmente, dovrebbero essere consentite tutte quelle clausole che, con specifico riferimento alle procedure di appalto integrato:

- vietano modifiche di tracciato, consentendo soltanto modifiche limitate a zone circoscritte e tali da non necessitare di nuove e/o diverse aree di esproprio e occupazione temporanea;
- vietano modifiche in contrasto con autorizzazioni e/o pareri già espressi con atti pubblici, nonché con gli strumenti urbanistici vigenti e con altri vincoli territoriali;
- non consentono sostituzioni di una certa tipologia d'opera con una completamente opposta (e non prevista in progetto né dal punto di vista tecnico che dal punto di vista economico)
- non consentono modifiche sostanziali dell'estetica delle opere previste nel progetto a base di gara in considerazione del fatto che le stesse sono uniformate a quelle dei lotti contigui.

Ciò in quanto anche tali clausole sono poste a presidio dell'interesse dell'Amministrazione ad avere un'offerta conforme alle proprie esigenze.

Né potrebbe utilmente sostenersi che tali violazioni potrebbero essere sanzionate semplicemente con l'attribuzione di un punteggio "negativo": ciò in considerazione del fatto che non potrebbe teoricamente escludersi che il concorrente che ha presentato un'offerta tecnica inidonea possa comunque aggiudicarsi la gara, se presenta un'offerta economica particolarmente conveniente.

La problematica di cui sopra potrebbe essere superata inserendo, come consentito dalla norma (art. 83 comma II), un valore-soglia, il cui mancato superamento in fase di valutazione dell'offerta tecnica impedirebbe al concorrente di vedersi ammesso al prosieguo della procedura.

Ciò consentirebbe, operando in via indiretta tramite l'utilizzo della citata previsione di legge, se del caso col suo inserimento già in sede di predisposizione dei bandi-tipo, di escludere in radice la possibilità che offerte presentanti tali incongruenze risultino vincenti.

Infine una considerazione circa la necessità di coordinare la nuova previsione in materia di tassatività delle cause di esclusione con la norma – rimasta invariata – contenuta nel comma 1 del medesimo art. 46 del Codice, che disciplina il cd. “soccorso istruttorio” disponendo che le stazioni appaltanti “invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati”.

Al riguardo, l’AVCP ha correttamente posto in evidenza come la novella in materia di cause di esclusione finisce con il rafforzare l’inquadramento del c.d. soccorso istruttorio in termini di dovere per la stazione appaltante, fermo restando che anche nella nuova impostazione tale istituto non può essere utilizzato per colmare lacune imputabili ad un comportamento negligente dei concorrenti. Sotto un diverso profilo, occorre tenere presente che il Decreto Sviluppo è anche intervenuto a standardizzare il contenuto dei moduli di dichiarazione sostitutiva dei requisiti di partecipazione (cfr. nuovo art. 74, comma 2 bis Codice), sulla base di modelli che saranno predisposti dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti.

b) Obbligo per le stazioni appaltanti di predisporre i bandi di gara sulla base dei contenuti dei c.d. bandi tipo

Per quanto concerne la seconda delle due novità – l’obbligo per le stazioni appaltanti di predisporre i bandi di gara sulla base dei contenuti dei c.d. bandi tipo - non si possono non considerare le problematiche che, una volta entrati “a regime” i bandi tipo predisposti dall’AVCP, si troveranno a dover affrontare le stazioni appaltanti nel valutare gli eventuali margini entro i quali è loro consentito derogare – seppur motivatamente – ai contenuti dei predetti modelli.

Infatti, in base ad una prima interpretazione fornita dall’AVCP nell’ambito del predetto documento di consultazione base, gli spazi di operatività della deroga sarebbero alquanto modesti e concernerebbero le sole ipotesi di cause di esclusione previste da norme successive all’emanazione dei modelli.

3. Le novità in materia di determinazione del costo del lavoro

Tra le numerose modifiche al Codice dei Contratti Pubblici introdotte dal Decreto Sviluppo, particolare rilievo, per quanto di interesse ANAS, assume la nuova disciplina prevista per la determinazione dell’offerta migliore e per la giustificazione dell’anomalia dell’offerta.

In particolare, in sede di conversione in legge del decreto, sono stati introdotti nel corpo dell’art. 4, comma 2:

- una lett. i-bis) che ha inserito all’art. 81 del Codice “Criteri per la scelta dell’offerta migliore” il nuovo comma 3-bis che recita:

“L’offerta migliore è altresì 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 delle disposizioni in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro”.

- una lett. i-ter) che ha disposto l’abrogazione della lett. g) dell’art. 87, comma 2, del Codice, laddove tra i criteri di verifica delle offerte anomale si precisava che le giustificazioni

addotte a dimostrazione della regolarità delle offerte potevano riguardare (oltre a l'economia del processo di produzione o del processo di fabbricazione, le soluzioni tecniche adottate, le condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone l'offerente, l'originalità del progetto e l'eventualità che l'offerente ottenga un aiuto di stato) anche:

[“g) il costo del lavoro come determinato periodicamente in apposite tabelle dal Ministro del lavoro e delle politiche sociali, sulla base dei valori economici previsti dalla contrattazione collettiva stipulata dai sindacati comparativamente più rappresentativi, delle norme in materia previdenziale e assistenziale, dei diversi settori merceologici e delle differenti aree territoriali; in mancanza di contratto collettivo applicabile, il costo del lavoro è determinato in relazione al contratto collettivo del settore merceologico più vicino a quello preso in considerazione]”.

Le predette modifiche – in virtù della previsione di diritto transitorio contenuta nell'art. 4, comma 3 del Decreto Sviluppo - sembrano doversi applicare alle procedure i cui bandi o avvisi sono pubblicati dopo l'entrata in vigore del Decreto Legge (14 maggio 2011), e quindi anche retroattivamente rispetto all'introduzione delle previsioni stesse, che, come detto, è avvenuta in sede di conversione del Decreto.

L'emendamento, proposto dall'On. Damiano ed altri, mira ad introdurre misure “per la prosecuzione delle azioni di contrasto alla precarietà e per l'affermazione della buona e stabile occupazione”, con una previsione volta ad escludere nella determinazione dell'offerta migliore i costi relativi alle retribuzioni del personale, stimati sulla base dei livelli di contrattazione nazionale di riferimento nonché i costi relativi agli adempimenti previsti per il rispetto delle disposizioni in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro. “E' di tutta evidenza – si legge nella proposta di legge – l'importanza di tale misura: attualmente infatti proprio le amministrazioni pubbliche [...] rischiano di favorire e di premiare quelle imprese che operano una concorrenza sleale, improntata sul mancato rispetto dei contratti e delle disposizioni di legge”.

La nuova previsione ha suscitato sin dalla sua emanazione notevoli problematiche di carattere interpretativo ed applicativo che sono state oggetto di attento esame da parte delle competenti strutture di ANAS e che stanno formando oggetto di una consultazione avviata dall'AVCP.

La lettura della disposizione, infatti, può prestarsi astrattamente a due diverse interpretazioni.

Secondo una prima interpretazione, l'importo del costo del lavoro dovrebbe essere valutato come puro ed incompressibile al pari degli oneri della sicurezza (stante anche il riferimento presente nell'ambito del comma 3 bis alle “misure di adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro”), e quindi non dovrebbe essere assoggettabile a ribasso, con la conseguenza che la stazione appaltante dovrebbe indicare tale importo ex ante nel bando di gara.

Da tale impostazione consegue che l'importo complessivo posto a base di gara dovrebbe essere suddiviso in tre parti:

- la prima pari al costo del lavoro (tempo previsto per esecuzione del lavoro moltiplicato per i minimi salariali);
- la seconda pari al costo della sicurezza;
- la terza pari al costo dei materiali, dei noli a caldo e a freddo, delle attrezzature e delle spese generali nonché all'utile delle imprese.

Sulle prime due componenti non sarebbero consentiti ribassi, con l'effetto di concentrare il confronto concorrenziale solo sulla terza.

Qualora si aderisse a tale ricostruzione sarebbe necessario per le nuove procedure:

a. modificare la descrizione degli importi a base di gara da indicare nel Bando e nella documentazione tecnico-economica scorporando dal prezzo i costi della manodopera nel seguente modo:

A Importo lavori

B -(Eventuali) Oneri la Progettazione

C -Totale Soggetto a Ribasso (A+B)

D -Oneri per la sicurezza

E -Oneri per il personale

F Totale non soggetto a ribasso (D+E)

G -Totale a base di appalto (C+F)

b. eliminare dalle schede di analisi da compilare a cura dei concorrenti per giustificare le offerte gli oneri relativi alla manodopera.

Tale soluzione determina, tuttavia, notevoli dubbi di compatibilità con il quadro nazionale e comunitario di riferimento oltre che numerose difficoltà applicative:

1. in primo luogo tale interpretazione verrebbe ad intaccare i principi di libera concorrenza tutelati dalla nostra Costituzione e dalla normativa comunitaria (cfr. considerando 46 della Direttiva 2004/18) e richiamati anche dall'art. 2 del Codice dei Contratti. Ciò in quanto i concorrenti verrebbero limitata la propria autonomia di determinare l'organizzazione delle lavorazioni e delle maestranze, dovendosi uniformare alla predeterminazione operata dalla stazione appaltante in sede di predisposizione del bando di gara con riferimento ad un operatore medio convenzionale. Tale soluzione avrebbe quindi l'effetto di sottrarre dal gioco concorrenziale un'ampia porzione dell'appalto, con l'effetto di pregiudicare le imprese dotate di una più efficiente organizzazione del lavoro o di tecnologie più moderne;
2. in secondo luogo tale soluzione si porrebbe in contrasto con la previsione dell'art. 87, comma 2 lett. a), del medesimo Codice, secondo cui "le giustificazioni possono riguardare, a titolo esemplificativo: l'economia del procedimento di costruzione, del processo di fabbricazione, del metodo di prestazione del servizio", che rappresentano degli elementi della produttività che può essere diversa da concorrente a concorrente. Al riguardo occorre ricordare come l'art. 87, comma 2, lett. a), del Codice costituisca norma di recepimento del principio comunitario in base al quale il costo del lavoro deve essere valutato nell'ambito del procedimento di verifica di congruità dell'offerta (cfr. art. 55 direttiva 2004/18 CE);
3. da un punto di vista pratico, non risulta spesso agevole determinare ex ante il costo del personale al fine di operare lo scorporo. Per i lavori pubblici si potrebbe risalire allo stesso in fase di progettazione sulla base delle analisi dei prezzi in base alle quali si redigono gli elenchi prezzi ai sensi dell'art. 39, comma 3 Regolamento. Per gli appalti di servizi e per le forniture tale evidenziazione appare più difficile sia perchè non sempre vi è manodopera direttamente coinvolta nell'appalto (es. fornitura seriale di apparecchiature informatiche) sia perchè ciò presupporrebbe una conoscenza del settore che le stazioni appaltanti non possono avere;

4. occorre tenere presente che in Italia le imprese concorrenti possono applicare CCNL diversi tra loro pur operando nel medesimo settore o comparto merceologico, con la conseguente difficoltà di scorporare a priori un importo unico valevole per tutte le imprese;

Considerate le problematiche sopra sintetizzate, l'AVCP nell'ambito del documento di consultazione (ma anche alcuni primi commentatori della norma) ha formulato una seconda interpretazione astrattamente possibile, in base alla quale il comma 3 bis può essere inteso come "obbligo di effettuare la verifica della congruità del costo del lavoro in due momenti:

- una prima fase consistente nella verifica della produttività presentata dal concorrente;
- una seconda fase consistente nella verifica del livello e del numero del personale necessario per garantire la produttività presentata e nella verifica dei corrispondenti minimi salariali previsti nella giustificazione".

La ricostruzione effettuata dall'AVCP "impone sempre alle stazioni appaltanti e alle imprese, qualora il tipo di commessa lo consenta come nel caso dei lavori e di alcuni tipi di servizi, di accertare la congruità delle offerte sulla base della verifica della compatibilità delle scelte organizzative e produttive effettuate dal concorrente con la normativa concernente i minimi salariali contrattuali della manodopera" (cfr. documento AVCP).

In base a tale diversa impostazione:

- in sede di predisposizione del bando di gara non dovrebbe essere indicato ex ante l'importo del costo del lavoro ma esclusivamente – in linea con quanto avveniva prima della novella - l'importo complessivo a base d'appalto comprensivo degli oneri di sicurezza con l'evidenziazione dell'importo per oneri di sicurezza da non assoggettare a ribasso;
- nel bando di gara dovrebbe però essere previsto a carico dei concorrenti l'obbligo di specificare nell'offerta economica la quantificazione del costo del personale rispetto all'importo netto offerto e di dichiarare nell'offerta economica che l'offerta è stata formulata tenendo conto del costo del personale, valutato sulla base dei minimi salariali determinati periodicamente in apposite tabelle del Ministero del lavoro e della previdenza sociale e 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;
- la verifica della congruità di quanto riportato dall'impresa nell'offerta economica in merito all'incidenza del costo del personale verrà compiuta in sede di verifica dell'anomalia; per l'ipotesi di esclusione automatica ovvero in caso di mancata verifica di anomalia, una volta individuata l'offerta aggiudicataria, la predetta verifica potrebbe essere compiuta nella fase intercorrente tra aggiudicazione provvisoria e approvazione dell'aggiudicazione provvisoria. Nella documentazione di gara la stazione appaltante dovrebbe precisare quanto sopra detto in merito ai momenti e alle modalità con cui verrà effettuata la predetta verifica.

Tale soluzione interpretativa, se da un lato, come precisa l'AVCP nel documento di consultazione, è più coerente con il sistema complessivo (in quanto consente di superare le criticità sopra evidenziate e di salvaguardare i valori fondamentali di solidarietà, uguaglianza e libertà che si rinvergono nel principio di retribuzione adeguata e sufficiente di cui all'articolo 36 Cost, nel rispetto del quadro comunitario di riferimento), dall'altro, finisce con l'attribuire un valore innovativo piuttosto ristretto alla portata della novella. Infatti, il principale elemento di novità rispetto all'attuale assetto consisterebbe nella circostanza che la verifica del costo del lavoro dovrebbe essere effettuata dalla stazione appaltante anche nel caso in cui non si rinvergono offerte anomale ovvero in tutti i casi di

esclusione automatica delle offerte (che, come noto, il Decreto Sviluppo consente in via generalizzata per tutti gli appalti sottosoglia fino alla fine del 2013).

Questa seconda interpretazione, viste le criticità descritte della norma, vista l'autorevolezza della fonte che l'ha prospettata, è l'unica che – allo stato – sembra essere perseguibile senza percorrere alternative che ingenererebbero forti problematiche con le imprese e in sede giudiziaria.

In ogni caso, si auspica che la previsione in questione venga soppressa nell'ambito del c.d. Decreto Infrastrutture di prossima emanazione, in linea con quanto preannunciato, considerato anche che la tutela dei lavoratori nel settore degli appalti pubblici rimane comunque ampiamente garantita dalle norme già presenti nel Codice e nel regolamento in materia di regolarità contributiva e retributiva.

1 Una maggiore apertura si rinviene invece nel documento dell'AVCP avuto riguardo alla fase esecutiva del contratto, avuto riguardo al disposto dell'art. 1341 c.c. e al principio di buona fede nell'esecuzione delle trattative ed in fase esecutiva, con riguardo al quale dovrebbe essere motivato un rifiuto dell'aggiudicatario di accettare tali previsioni.