

AVCP - Consultazione del 29/09/2011

Argomento/parola chiave:

Cause tassative esclusione

Costo del lavoro

AVCP- RICHIESTA CONTRIBUTO PER CONSULTAZIONE – nota del 04/08/2011

Si informa che l'Autorità ha avviato una consultazione in merito alle cause tassative di esclusione (art. 46, comma 1-*bis* del Codice), ai requisiti di ordine generale (art. 38 del Codice) e alla determinazione del costo del personale (art. 81, c. 3-*bis* del Codice).

Al riguardo è stato predisposto il documento denominato "Prime indicazioni sui bandi tipo: tassatività delle cause di esclusione e costo del lavoro".

CONTRIBUTO CNAPPC (in collaborazione con i Consigli Nazionali di Geologi, Geometri ed Ingegneri) del 28/09/2011

Premesso che:

- la L. 12 giugno 2011, n. 106 (G.U.R.I. n. 160 del 12/07/2011), di conversione del D.L. 70/2011, ha introdotto il comma 3 bis all'art. 81 e il comma 1 bis all'art. 46 del Codice;
- la nuova disposizione normativa di cui al sopra citato comma 3 bis dell'art. 81 (già in vigore in quanto non soggetta a regime transitorio), volta a migliorare le condizioni di lavoro e a garantire migliori condizioni di salute e sicurezza dei lavoratori, esclude il "costo del personale" dall'importo da assoggettare a ribasso nella formulazione delle offerte in gare e altre forme di selezione per l'affidamento di appalti, servizi e forniture;
- l'introduzione del comma 1 bis dell'art. 46 del Codice fissa nuove regole per definire – a monte, attraverso la predisposizione di bandi-tipo
- le clausole tassative di esclusione nelle gare per affidamenti di appalti, servizi e forniture;

Visto:

- Il documento denominato "Prime indicazioni sui bandi tipo: Tassatività delle cause di esclusione e costo del lavoro" redatto da Codesta A.V.C.P.;
- il documento contenente prime indicazioni elaborate dal Gruppo di lavoro interregionale sui contratti presso ITACA, del 14/07/2011, volto a integrare la nuova norma con le altre disposizioni contenute nel Codice e nel Regolamento e di individuare alcune modalità applicative della nuova disciplina;

Considerato che:

- l'introduzione del nuovo comma 3 bis risulta di particolare rilievo e impatto per tutte le procedure di gara (aperte, ristrette e negoziate), in tutti i settori e per qualunque importo di lavori, servizi e forniture, affidati sia con il criterio del prezzo più basso che con quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa;
- l'innovazione introdotta dal comma 3 bis determina una disciplina che non limita più l'azione ad un mero controllo di congruità, formulato sulla base di valutazioni parametriche e decontestualizzate, ma richiede che il costo del lavoro sia valutato puntualmente, in quanto

“costo puro e incompressibile” non assoggettabile al mercato, in perfetta analogia con i costi aggiuntivi per la sicurezza desunti in fase progettuale;

- con l'introduzione del comma 1 bis dell'art. 46 del Codice, la legittimità dell'esclusione dalle gare "... viene ancorata non più all'espressa previsione del bando o ad un'indagine successiva sull'utilità della clausola violata, ma ad un giudizio preventivo e generale che si esprime, una volta per tutte, con la codificazione di regole puntuali da parte del legislatore e ... con la redazione dei bandi tipo da parte dell'Autorità ...";
- in base al nuovo quadro normativo, aggiornato alle modifiche introdotte dall'art. 4 bis del D.L. 70/2011, convertito nella L. 106/2011, "... può ritenersi che siano nulle le prescrizioni che, nei bandi di gara, impongono un dato adempimento ai partecipanti a pena di esclusione senza una specifica copertura nella normativa vigente, mentre, al contempo, sono legittime le cause di esclusione derivanti dalla normativa vigente in tema di contrattualistica pubblica e dettagliatamente individuate nei bandi tipo ...";

Tutto ciò premesso, visto e considerato, i Consigli Nazionali delle professioni in epigrafe offrono il seguente contributo per una razionale applicazione dei citati dispositivi introdotti dalla Legge 106/2011:

IL COSTO DEL PERSONALE NEI SERVIZI DI ARCHITETTURA E INGEGNERIA

L'art. 4 bis del decreto legge n. 70/2011, convertito con legge 12 luglio 2011, n. 106, introduce il comma 3 bis all'art. 81 del Codice, il quale recita:

3 bis. 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 alle disposizioni in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro.

Secondo il parere degli scriventi, seguendo un'interpretazione letterale della norma sopra riportata, il costo del personale non sarà più assoggettato a ribasso nella formulazione delle offerte, sia negli appalti di lavori che negli affidamenti di servizi e forniture, compresi i servizi di architettura e ingegneria.

La stazione appaltante, pertanto, dovrà indicare ex ante, nel bando di gara, l'importo del costo del lavoro, al pari degli oneri necessari all'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro, in modo da sottrarle alla contrattazione economica.

Tale interpretazione è in linea con quanto indicato nel documento "Prime indicazioni per l'applicazione delle modificazioni introdotte all'art. 81 del codice dei contratti pubblici dalla legge 12 luglio 2011, n. 106, di conversione del D.L. 70/2011", redatto dal gruppo di lavoro interregionale "Codice contratti" operante presso ITACA.

Quanto alle difficoltà applicative legate alla necessità di predeterminazione della quota afferente al costo del personale, con specifico riferimento ai servizi di Architettura e Ingegneria, i Consigli Nazionali scriventi ritengono che, in prima applicazione, il "costo del personale", da distinguere dall'importo su cui effettuare il ribasso, possa essere semplicemente calcolato con la seguente formula:

$$\mathbf{CP = US \times GG \times SM}$$

Dove:

CP = Costo del personale ex art. 81, comma 3 bis, del Codice

US = Unità lavorative stimate nel bando, ex art. 263, comma 1, lettera d) del Regolamento

GG = Tempo (in giorni) assegnato nel bando per la prestazione professionale

SM = Salario medio ex CCNL Area Dirigenza/Area comparto (funzionari direttivi)

I Consigli Nazionali scriventi offrono, in ogni caso, la loro disponibilità per la elaborazione di una tabella da allegare ai bandi tipo che definisca le unità stimate ed il tempo necessario per l'espletamento dell'incarico in relazione alla tipologia di servizio. Si dichiarano altresì disponibili ad avviare, organizzare e finanziare un sondaggio iniziale e un monitoraggio nel tempo, finalizzati a verificare ed aggiornare costantemente il valore del suddetto "Costo del Personale" nei servizi di architettura e ingegneria, in relazione alla tipologia del servizio (es.: fasi della progettazione, direzione dei lavori, collaudo, ecc.) alla tipologia di intervento (costruzione, recupero, ristrutturazione, restauro, manutenzione, ecc.) e alla categoria dell'opera (puntuale, a rete, presidio e difesa ambientale, ingegneria naturalistica, strutture, impianti, ecc.) Tali sondaggi e monitoraggi potrebbero essere eseguiti da un organismo terzo, accreditato nel campo di ricerche, sondaggi e sistemi informativi.

Nelle more dell'acquisizione di detti strumenti conoscitivi, il costo del lavoro potrebbe essere determinato, semplicemente, con la formula sopra riportata.

TASSATIVITÀ DELLE CAUSE DI ESCLUSIONE

Il c.d. "soccorso istruttorio" - (parte II, paragrafo 4, documento AVCP)

Facendo riferimento a quanto previsto dall'art. 46, comma 1 del Codice, al fine di favorire la massima partecipazione alle gare, si ritiene preferibile un orientamento secondo il quale, per legittimare l'esclusione, sia sempre e comunque necessaria una valutazione sostanziale della sussistenza delle cause ostative (Consiglio di Stato Sez. V, 09/11/2010 n. 7967), dovendosi, pertanto, accordare un'ampia portata applicativa all'istituto del *soccorso istruttorio*.

Si ritiene debba quindi prevalere, tra le due ipotesi interpretative formulate al riguardo da Codesta Spettabile Autorità nel proprio documento, quella per cui *"in presenza di un documento o di una dichiarazione mancante non previsti a pena di esclusione dalla normativa applicabile il possesso effettivo del requisito di partecipazione (che tali documenti o dichiarazioni sono volti ad attestare) varrebbe a fondare e, anzi, a rendere obbligatoria, la richiesta di integrazioni documentali"*.

Resta fermo il principio, ovviamente, in base al quale la *regolarizzazione postuma* non possa essere riferita ad elementi essenziali della domanda o dell'offerta, per il rispetto del principio di *par condicio* tra i concorrenti.

Difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali - (parte II, paragrafo 5.2, documento AVCP)

Con riferimento al profilo di mancata allegazione, alle dichiarazioni rese ai sensi del D.P.R. n. 445/2000, della copia del documento di identità del sottoscrittore, condividendo l'orientamento espresso dall'A.V.C.P., si ritiene che l'allegazione di una sola copia del documento di identità del sottoscrittore sia sufficiente a garantire la veridicità di tutte le dichiarazioni rese da quel soggetto, anche nei casi in cui tali dichiarazioni siano contenute in buste differenti, purché riferite alla medesima procedura e quindi contenute nel medesimo plico che comprende anche la copia del documento di identità.

In altre parole, sarebbe opportuno chiarire come la presenza di una copia dei documenti dei sottoscrittori, contenute nel plico generale dell'offerta, siano sufficienti a garantire la veridicità di tutte le dichiarazioni rese nelle varie buste di carattere amministrativo, tecnico o economico.

Nel medesimo punto del documento si potrebbe parimenti chiarire, in modo definitivo, come sia illegittima l'esclusione motivata dalla mancanza dei timbri a lato delle sottoscrizioni, quando le stesse siano comunque chiaramente attribuibili ai soggetti estensori.

Nella consapevolezza che il presente documento costituisca solo un primissimo contributo alla redazione dei bandi-tipo di cui all'art. 4 bis del cosiddetto "Decreto Sviluppo", si ringrazia Codesta Spettabile Autorità per l'attenzione riservata ai rappresentanti delle professioni tecniche scriventi.

N.B. - per **Codice** si intende il Decreto Legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture)

- per **Regolamento** si intende il Decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207 (Regolamento di esecuzione e attuazione del D.Lgs. 163/2006)