



Autorità Nazionale Anticorruzione

Bando-tipo n. 2 del 2 settembre 2014
Affidamento di lavori pubblici nei settori ordinari
Procedura aperta per appalto di sola esecuzione lavori
Contratti di importo superiore a euro 150.000 euro
Offerta al prezzo più basso

Relazione AIR

Sommario

<i>1. Premessa</i>	<i>1</i>
<i>2. Obbligatorietà dei bando-tipo e cause di esclusione</i>	<i>2</i>
<i>3. Modifiche al sistema di qualificazione.....</i>	<i>3</i>
<i>4. Prescrizioni in materia di cauzione provvisoria</i>	<i>5</i>
<i>5. Le dichiarazioni dei procuratori speciali</i>	<i>5</i>
<i>6. Semplificazione dei paragrafi relativi al sopralluogo, ai chiarimenti e alle comunicazioni</i>	<i>6</i>
<i>7. Prescrizioni in tema di verifica di anomalia delle offerte</i>	<i>6</i>
<i>8. Costo del lavoro</i>	<i>7</i>

1. Premessa

In applicazione del Regolamento “Disciplina dell’analisi di impatto della regolamentazione (AIR) e della verifica dell’impatto della regolamentazione (VIR)” (pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 278 del 27 novembre 2013), il presente documento ha lo scopo dare evidenza delle ragioni che hanno guidato l’Autorità nell’adozione di alcune scelte di fondo avuto riguardo anche alle principali osservazioni formulate dagli operatori del settore nell’ambito della consultazione nonché dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti (nel seguito anche “MIT”) nel parere previsto dall’art. 64, comma 4-*bis*, del Codice.

Nell’ambito della consultazione, oltre al citato parere del MIT, sono pervenuti n. 32 contributi da parte di soggetti rappresentativi delle stazioni appaltanti e degli operatori economici.

Si evidenzia che i contributi sono stati formulati con riferimento a tutti i modelli posti in consultazione e quindi non soltanto a quello relativo alla sola esecuzione, affidata con procedura aperta e con il criterio del prezzo più basso, oggetto del presente bando-tipo. In questa sede, quindi, verranno discussi i punti emersi con riferimento al bando-tipo in oggetto, molti dei quali, occorre evidenziare, interessano anche aspetti trattati negli altri modelli.

Le principali osservazioni pervenute all’Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (nel seguito, AVCP) riguardano i seguenti aspetti:

1. l’obbligatorietà dei bandi-tipo emanati dall’AVCP sarebbe limitata alle sole cause tassative di esclusione e non anche ai restanti aspetti contenuti nello schema di disciplinare, che devono essere intesi come mere indicazioni;
2. necessità di esplicitare meglio le cause tassative di esclusione e le parti del disciplinare di gara che devono considerarsi obbligatorie;
3. necessità di adeguare il bando-tipo alle norme in corso di emanazione in tema di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici a seguito del parere n. 3014 del 26 giugno 2013, reso dal Consiglio di Stato, divenuto esecutivo con l’emanazione del d.P.R. 30 ottobre 2013;
4. maggiori indicazioni in materia di cauzione provvisoria;
5. maggiori indicazioni in ordine agli obblighi dichiarativi relativi ai requisiti di cui all’art. 38 del Codice, ed in particolare dei procuratori speciali;
6. necessità di semplificare alcune parti dello schema di disciplinare, formulate in modo eccessivamente prescrittivo, in particolare quelle relative al sopralluogo, alle richieste di chiarimenti e alle comunicazioni tra stazione appaltante e operatori economici;

7. eccessiva rigidità e vincolatività delle disposizioni contenute nel bando-tipo con riferimento alla valutazione di anomalia delle offerte e con il richiamo alla determinazione AVCP dell'8 luglio 2009 n. 6;
8. necessità di adeguare il bando-tipo alle nuove disposizione di cui all'art. 82, comma 3-*bis*, del Codice, in materia di costo del lavoro;
9. possibilità di inserire nel bando-tipo clausole relative all'applicazione del contratto nazionale e territoriale dell'edilizia sottoscritto dalle associazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale.

Di seguito si riporta una sintesi di quanto emerso in ordine ai punti sopra elencati e le motivazioni per le quali quanto suggerito è stato o non è stato accolto.

2. Obbligatorietà dei bando-tipo e cause di esclusione

In ordine al punto sub 1), alcuni soggetti hanno espresso la necessità di tenere su piani distinti quanto nel modello disciplinare ha natura cogente, cioè le sole cause tassative di esclusione, e quanto non è direttamente connesso alle medesime e quindi derogabile dalla stazione appaltante. Sul punto occorre considerare che l'art. 64, comma 4-*bis*, del Codice, prevede che le stazioni appaltanti predispongano la documentazione di gara sulla base dei modelli (bandi-tipo) approvati dall'AVCP, nei quali sono contenute le cause tassative di esclusione, con l'obbligo di motivare espressamente nella determina a contrarre eventuali deroghe al bando-tipo. Dalla lettura della norma risulta evidente che l'obbligatorietà del modello non riguarda soltanto le cause tassative di esclusione bensì, più in generale, tutte quelle parti che l'Autorità individua come obbligatorie in base alle disposizioni previste dal Codice e dal Regolamento nonché dalle legislazione di settore, ove presente. Infatti, molti degli aspetti disciplinati nel modello si riferiscono proprio a prescrizioni di legge sulle quali non sono ammesse deroghe ovvero sulle quali la legge prevede un elenco tassativo di possibili alternative. Si pensi, per citare alcuni esempi di norme contenute nel Codice, alle tipologie di soggetti ammessi a partecipare alle gara di cui all'art. 34, alle modalità di costituzione della cauzione provvisoria di cui all'art. 75, alle dichiarazioni da rendere in sede di gara circa il possesso dei requisiti generali di cui all'art. 38, alle varie operazioni di gara che debbono obbligatoriamente svolgersi in seduta pubblica (l'apertura dei plichi, la lettura dei prezzi offerti, l'eventuale dichiarazione di anomalia delle offerte, ecc.).

Sul punto appare rilevante quanto espresso dalla Corte di Costituzionale con la sentenza del 12 luglio 2013, n. 187. Nel merito il Giudice delle leggi, ha dichiarato l'illegittimità della legge provinciale del 3 agosto 2012, n. 18 della Provincia Autonoma di Trento che attribuiva alla giunta Provinciale la competenza in materia di predisposizione dei schemi di bando, poiché in contrasto con l'art. 64, comma

4-bis, del Codice, che assegna all'AVCP tale compito. La Corte, al riguardo, ha affermato che l'adeguamento alla disciplina dei bandi-tipo approvati dall'AVCP non è previsto soltanto "sulla base" del bando-tipo ma con riguardo al complesso dei puntuali e articolati criteri ivi previsti, permanendo comunque la facoltà delle stazioni appaltanti, nella delibera a contrarre, di motivare espressamente in ordine ad eventuali deroghe.

Alla luce di tali considerazioni, si ritiene di non poter accogliere le indicazioni formulate dagli operatori e di mantenere l'impostazione secondo cui l'obbligatorietà del bando-tipo riguardi non solo le cause tassative di esclusione, a cui tra l'altro sono inscindibilmente collegati molti aspetti presenti in un disciplinare di gara, ma anche le altre parti individuate dall'Autorità come vincolanti/prescrittive poiché connesse a precisi obblighi imposti dal Codice o dal Regolamento.

Un aspetto da evidenziare, collegato a quanto sopra affermato, attiene al fatto che l'obbligatorietà riguarda non soltanto il contenuto delle clausole previste nel bando-tipo bensì anche la loro specifica formulazione. Sul punto occorre considerare che la versione definitiva del bando-tipo è stata semplificata con riferimento ad alcune parti che gli operatori hanno ritenuto eccessivamente vincolanti, ad esempio, in relazione alle richieste di chiarimenti, alle modalità di svolgimento del sopralluogo e al procedimento per la verifica di anomalia dell'offerta, e in ordine alle quali il Codice ed il Regolamento lasciano comunque alle stazioni appaltanti margini per una opportuna disciplina in relazione al caso concreto. In tale contesto, ferma restando la necessità di motivare espressamente in ordine alle deroghe al bando-tipo, si ritiene che il modello adottato contemperi adeguatamente le istanze di flessibilità delle stazioni appaltanti con le esigenze di standardizzazione delle procedure di gara volute dal legislatore con l'art. 64, comma 4-bis (in combinato disposto con l'art. 46, comma 1-bis) del Codice, attraverso la previsione di molteplici prescrizioni del tutto facoltative ovvero di parti liberamente compilabili in base alle specifiche necessità.

Infine, relativamente al punto sub 2), come richiesto da molti operatori e come evidenziato nella nota illustrativa, sono state disciplinate in modo più puntuale tutte le cause tassative di esclusione, facilitando al soggetto compilatore la loro identificazione, grazie all'apposizione del simbolo "►" prima della clausola. Per ulteriori dettagli, si rinvia alle istruzioni per la compilazione del modello presenti nello schema di disciplinare nonché a quanto evidenziato nel paragrafo 1 della nota illustrativa.

3. Modifiche al sistema di qualificazione

Relativamente al punto sub 3), si evidenzia che con il parere consultivo 3014 del 26 giugno 2013, il Consiglio di Stato, Commissione speciale, accogliendo in parte il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica proposto dall'AGI, ha disposto l'annullamento delle norme di cui agli artt. 107, comma 2, e 109, comma 2, del Regolamento.

Nel merito, il Consiglio di Stato ha rilevato che il sistema risultante dalle norme abrogate fosse contraddittorio ed illogico, in quanto, mentre l'art. 109, comma 1, affermava il principio generale secondo cui l'affidatario dei lavori in possesso della qualificazione per la categoria prevalente può eseguire direttamente tutte le lavorazioni di cui si compone l'opera, anche se non in possesso delle relative qualificazioni, il comma 2 del medesimo art. 109 e il precedente art. 107, comma 2, nel definire il regime derogatorio al principio enunciato, indicavano un numero talmente elevato di categorie di lavorazioni a qualificazione obbligatoria o super specialistiche che la regola generale della "sufficienza" della qualificazione nella categoria principale diventa eccezione, destinata a trovare applicazione solo in casi marginali

Il parere, come noto, è divenuto esecutivo con l'emanazione del d.P.R. 30 ottobre 2013. All'esito di una successione di correttivi normativi non andati a buone fine, con il d.l. 28 marzo 2014, n. 47, convertito con modificazioni dalla l. 23 maggio 2014, n. 80, il legislatore, nelle more della revisione delle disposizioni regolamentari annullate dal Consiglio di Stato, per ripristinare la coerenza del sistema con la regola generale di cui all'art. 109, comma 1, ha ridotto l'eccessivo numero di categorie relative a lavorazioni che fino ad oggi potevano essere eseguite solo in presenza della relativa qualificazione. A tale fine, l'art. 12 del citato decreto ha ridotto sia il numero delle categorie a qualificazione obbligatoria di cui all'art. 109, comma 2, specificate nella tabella A allegata al Regolamento, sia il numero delle lavorazioni rientranti categorie c.d. "superspecialistiche" indicate dall'art. 107, comma 2, del Regolamento, ovvero quelle che, ai sensi dell'art. 37, comma 11, del Codice, in considerazione del particolare contenuto tecnologico o della rilevante complessità tecnica, non possono essere affidate a soggetti privi della relativa qualificazione. Ad esempio, non sono più considerate superspecialistiche le categorie OS3 (impianti idrico-sanitari, cucine, lavanderie), OS8 (opere di impermeabilizzazione) OS20A e OS20B (rilevanti topografici e indagini geognostiche) e pertanto possono essere eseguite direttamente dall'impresa (qualificata nella prevalente) anche se priva della relativa qualificazione, senza necessità di subappalto o di costituzione di un raggruppamento verticale.

Le novità introdotte dall'art. 12 del citato decreto, salvaguardando il principio generale di cui all'art. 109, comma 1, non hanno modificano l'impianto del sistema di qualificazione. Nello schema di disciplinare, pertanto, si è semplicemente fatto riferimento all'elenco di cui all'art. 12 del d.l. 47/2014.

Si ricorda, inoltre, che con medesimo parere n. 3014/2013, il Consiglio di Stato ha disposto l'annullamento dell'art. 85, comma 1, lett. b), nn. 2 e 3 del Regolamento, nella parte in cui impone all'impresa concorrente il limite del 10% per l'utilizzo, ai fini della qualificazione, dell'importo dei lavori subappaltati eccedente il 30% o il 40% a seconda che la lavorazione subappaltata appartenga ad una categoria a qualificazione obbligatoria o ad una a qualificazione non obbligatoria. Sulla questione si rinvia ai chiarimenti forniti dall'AVCP con il Comunicato del Presidente del 29 gennaio 2014, n. 1 "Utilizzo dei lavori subappaltati ai fini della qualificazione – annullamento dell'art. 85, comma 1, lett. b), nn. 2 e 3, D.P.R. n. 207/2010".

4. *Prescrizioni in materia di cauzione provvisoria*

Tra le prescrizioni facoltative relative alla costituzione della cauzione sotto forma di fideiussione è stata inserita la possibilità di autenticazione della sottoscrizione o, in alternativa, l'allegazione di una dichiarazione sostitutiva di atto notorio con cui il sottoscrittore attesta il potere di impegnare, con la sottoscrizione, la società fideiubente nei confronti della stazione appaltante. Tali prescrizioni, la cui compatibilità con il vigente quadro normativo è già stata affermata dall'AVCP (atto di determinazione n. 4 del 2012) e confermata anche da un consolidato orientamento giurisprudenziale (cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 6 giugno 2011, n. 3365 e Sez. III, 19 aprile 2011, n. 2387), risponde all'esigenza di acquisire la piena prova della provenienza della garanzia. Al riguardo è opportuno considerare che la cauzione in esame è azionabile a prima richiesta da parte della stazione appaltante, sicché questa ha interesse a non vedersi opporre il disconoscimento della sottoscrizione; solo l'autenticazione di quest'ultima garantisce l'amministrazione, perché determina la piena prova ai sensi degli artt. 2702 e 2703 c.c. in ordine alla provenienza della sottoscrizione, impedendone il successivo disconoscimento (AVCP, pareri di precontenzioso 19 giugno 2013 n. 102 , n. 104 del 08 ottobre 2009 e n. 141 dell'8 maggio 2008).

5. *Le dichiarazioni dei procuratori speciali*

Con sentenza del 16 ottobre 2013, n. 23 l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato è intervenuta a redimere il contrasto giurisprudenziale sorto in merito all'obbligatorietà della dichiarazione sul possesso dei requisiti di carattere generale con riferimento ai procuratori speciali dell'impresa.

Nel merito l'Adunanza plenaria, aderendo alla tesi sostanzialistica propria del diritto europeo, ha affermato che i procuratori speciali, in generale, non rientrano nel novero dei soggetti nei cui confronti occorre rendere le dichiarazioni di cui all'art. 38 comma lett. b) c) e m-ter), del Codice, a meno che non siano muniti di poteri decisionali di particolare ampiezza e riferiti ad una pluralità di oggetti così che, per sommatoria, possano configurarsi omologhi, se non di spessore superiore, a quelli che lo statuto assegna agli amministratori.

In tali ipotesi, l'Adunanza Plenaria ha affermato che, stante la non univocità della norma circa l'onere dichiarativo dell'impresa, nelle ipotesi in esame, deve intendersi che, qualora la *lex specialis* non contenga al riguardo una specifica comminatoria di esclusione, quest'ultima potrà essere disposta non già per la mera omessa dichiarazione *ex art.* 38 citato, ma soltanto là dove sia effettivamente riscontrabile l'assenza del requisito in questione.

Sulla base di tale pronuncia, nel modello di disciplinare si è rimessa alle stazioni appaltanti la facoltà di includere i procuratori speciali tra i soggetti che devono rendere le dichiarazioni (la relativa prescrizione, pertanto è stata prevista come facoltativa) ma si è fatto obbligo al concorrente di indicare,

tra gli altri soggetti nei cui confronti deve essere verificato il possesso dei requisiti di carattere generale, anche gli istitori e i procuratori speciali muniti di potere di rappresentanza e titolari di poteri gestori e continuativi, al fine di consentire alla stazione appaltante di effettuare le necessarie verifiche sul possesso del requisito, così come richiesto nella sentenza citata.

6. Semplificazione dei paragrafi relativi al sopralluogo, ai chiarimenti e alle comunicazioni

Relativamente al punto sub 6), nello schema di disciplinare sono state accolte diverse indicazioni in ordine all'opportunità di semplificare e rendere più flessibile la disciplina di alcuni elementi della procedura di gara rispetto ai quali il Codice ed il Regolamento lasciano ampio margine di discrezionalità in capo alle stazioni appaltanti. Allo scopo, i paragrafi relativi al sopralluogo, alle richieste di chiarimenti ed alle comunicazioni tra stazione appaltante ed operatori contengono ora solo gli elementi che si devono necessariamente inserire nel disciplinare di gara, lasciando alla stazione appaltante la facoltà di stabilire i dettagli caso per caso.

In tema di subappalto, in vari contributi è stata segnalata la necessità di eliminare la clausola del disciplinare secondo cui non è consentito affidare subappalti a soggetti che in qualunque forma abbiano partecipato alla gara. Tale clausola era stata inizialmente prevista al fine di evitare potenziali effetti distorsivi sul confronto concorrenziale, effetti evidenziati anche dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nella delibera del 18 settembre 2013 – “Vademecum per le stazioni appaltanti, volto all'individuazione di criticità concorrenziali nel settore degli appalti pubblici”. Tuttavia, da una rilettura complessiva della normativa e di alcune pronunce dell'AVCP, emerge come eventuali limitazioni al subappalto devono essere adeguatamente motivate. Infatti, più in generale, nel caso in cui la stazione appaltante ritenga di inserire una clausola di divieto di subappalto, affinché siano rispettati i principi del diritto comunitario, la stazione appaltante è tenuta ad operare un giusto bilanciamento fra la massima partecipazione alla gara e l'interesse pubblico a che nella fase esecutiva del contratto non si modifichino, con il ricorso al subappalto, gli esiti della procedura selettiva. Pertanto, si è ritenuto opportuno accogliere il suggerimento degli operatori e di eliminare la clausola che impedisce di assumere la qualifica subappaltatori ai soggetti che hanno partecipato alla gara.

7. Prescrizioni in tema di verifica di anomalia delle offerte

Con riferimento al punto sub 7), diverse stazioni appaltanti hanno evidenziato come la procedura di verifica dell'anomalia prevede regole troppo rigide per un subprocedimento che varia in ragione della natura e tipologia dei costi da esaminare.

A tale proposito, occorre evidenziare che quanto riportato nello schema di disciplinare posto in consultazione in materia di giustificazione dei prezzi unitari e di verifica di congruità sulla base della

lavorazioni più rilevanti (pagg. 35-37) non era da intendersi come obbligatorio ma come mero suggerimento operativo per le stazioni appaltanti. Al fine di snellire lo schema di disciplinare di gara, le parti sopra citate, ivi incluso il riferimento alla determinazione dall'AVCP dell'8 luglio 2009, n. 6, sono state spostate nella nota illustrativa, nella quale sono state fornite, altresì, indicazioni sul loro utilizzo.

8. Costo del lavoro

In merito al punto sub 8), molti operatori hanno segnalato la necessità di adeguare il bando-tipo alla nuova disposizione di cui al comma 3-*bis* dell'art. 82 del Codice, introdotto dal d.l. 21 giugno, n.69, convertito con modificazioni dalla l. 9 agosto 2013, n. 98. Secondo il citato comma 3-bis “il prezzo più basso è determinato 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, delle voci retributive previste dalla contrattazione integrativa di secondo livello e delle misure di adempimento alle disposizioni in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro”.

La finalità della norma è di assicurare che l'affidamento dei contratti pubblici avvenga nel pieno rispetto degli obblighi prescritti per la tutela dei diritti dei lavoratori impiegati nell'esecuzione delle commesse pubbliche. Analoga disposizione già in precedenza era stata inserita nel corpo del Codice all'art. 81, comma 3-*bis*, dal d.l. 13 maggio 2011, n. 70 e l'AVCP ebbe occasione di rilevare diverse criticità connesse alla sua applicazione nell'ambito del documento di consultazione “Prime indicazioni sui bandi tipo: tassatività delle cause di esclusione e costo del lavoro”, pubblicato sul sito internet dell'AVCP, per l'audizione pubblica del 29 settembre 2011; poco dopo, tuttavia, la citata disposizione venne abrogata dall'art. 44 del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla l. 22 dicembre 2011, n. 214.

Sulla nuova disposizione l'AVCP si è espressa con l'atto di segnalazione del 19 marzo 2014, n. 2 nel quale, all'esito di una ricostruzione delle possibili interpretazioni del comma 3-*bis*, ha ritenuto che la fattispecie non possa trovare applicazione senza incorrere nelle criticità già prospettate nel sopracitato documento di consultazione. Oltre alle difficoltà applicative sopra rilevate, deve aggiungersi la necessità di salvaguardare anche il principio dell'autonomia imprenditoriale, in perfetta coerenza con il diritto comunitario, di cui tiene conto lo stesso articolo 55 della direttiva 2004/18 (recepito negli artt. 87 e 88 del Codice), laddove, sostanzialmente, ammette giustificazioni in relazione ad elementi che influenzano il costo “complessivo” del personale e tutela il solo costo “unitario”. Nell'atto di segnalazione n. 2/2014, l'AVCP ha concluso per la sostanziale inapplicabilità della norma, rilevando che il costo complessivo del personale, per ciascun concorrente, si determina in base alla reale capacità

organizzativa d'impresa, che è funzione della libera iniziativa economica ed imprenditoriale e come tale non può essere in alcun modo compressa mediante predeterminazioni operate *ex ante*.

In merito al punto sub 9), dalla consultazione sono emerse posizioni diverse in ordine all'opportunità di inserire nel bando una prescrizione vincolante sull'applicazione, a tutti i lavoratori coinvolti nei lavori oggetto bando di gara, del contratto nazionale e territoriale dell'edilizia sottoscritti dalle associazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale. Tenuto conto che nel settore dei lavori pubblici trovano applicazione diversi contratti nazionali, ad esempio, quello edile e metalmeccanico, non si condivide la possibilità di inserire una clausola applicativa del CCNL dell'edilizia in via generalizzata per tutte le tipologie di lavori pubblici. In proposito, tuttavia, si rileva che, con parere del 25 maggio 2013, il Ministero del lavoro e delle Politiche Sociali ha affermato che, con specifico riferimento ai contratti di appalto di lavori edili, è corretto l'inserimento nell'ambito dei bandi-tipo predisposti ai sensi dell'art. 64, comma 4-*bis*, del Codice, la formula seguente: "applicazione ai lavoratori coinvolti nei lavori oggetto del presente bando di gara del contratto nazionale e territoriale dell'edilizia sottoscritti dalle associazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale".

Come precisato nella nostra illustrativa, anche sulla base di quanto evidenziato nel parere dallo stesso Ministero del lavoro e delle Politiche Sociali, la possibilità di utilizzare questa clausola, è circoscritta ai soli appalti di natura edile o prevalentemente edile.