

Roma, 25 novembre 2011

Circolare n. 195/2011

**AL SIG. PRESIDENTE
CONFSERVIZI MARCHE
A TUTTI GLI ASSOCIATI**

**AL SIG. PRESIDENTE
CONSIGLIO NAZIONALE DEGLI INGEGNERI**

**E A TUTTI GLI ALTRI
ENTI, AZIENDE E SOCIETA'
- LORO SEDI -**

- 1) **SEGNALAZIONE AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO 28 SETTEMBRE 2011 N. AS 880 – CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI: TIPIZZAZIONE DELLE CAUSE DI ESCLUSIONE E COSTO DEL LAVORO.**
- 2) **PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI – DIPARTIMENTO POLITICHE COMUNITARIE – DECRETO 4 AGOSTO 2011 – ATTIVITÀ ESCLUSE DAL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI.**

1) SEGNALAZIONE AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO 28 SETTEMBRE 2011 N. AS 880 – CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI: TIPIZZAZIONE DELLE CAUSE DI ESCLUSIONE E COSTO DEL LAVORO.

Si segnala che, nell'ambito della consultazione delle categorie interessate e delle amministrazioni - avviata dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici in vista della individuazione delle cause tassative di esclusione per i bandi-tipo di lavori, servizi e forniture, ex art. 64 del Codice - l'A.G.C.M. ha fornito proprie considerazioni in merito, ai sensi dell'art. 22 della legge 287/90.

In particolare, l'Autorità ha approfondito due specifiche tematiche: a) la possibilità di inserire nei bandi gara clausole di esclusione dei raggruppamenti costituiti da imprese che singolarmente posseggono i requisiti per concorrere alla gara; b) la corretta applicazione del comma 3-bis dell'art. 81 del Codice, relativo al "costo del personale".

Quanto alla prima problematica, confermando l'indirizzo più volte manifestato sul punto, l'A.G.C.M. ritiene legittimo l'inserimento nei bandi di clausole di esclusione di ATI di cui facciano parte imprese che singolarmente possiedono i requisiti finanziari e tecnici per partecipare alla gara.

Nomos Appalti

Consulenza legale agli Enti Locali

Secondo l'Autorità, infatti, il ricorrere di tale circostanza, benché non dimostri di per sé l'esistenza di un'intesa vietata dalla normativa *antitrust*, rappresenta, tuttavia, un indizio della possibile volontà collusiva delle imprese partecipanti al raggruppamento. L'inserimento nel bando di una clausola di questo genere, quindi, può senz'altro contribuire a scongiurare i rischi derivanti da possibili comportamenti opportunistici e/o collusivi delle aziende che, in ultima analisi, sono destinati a ripercuotersi sui risultati della procedura di gara.

Del resto, la tipizzazione tassativa delle cause di esclusione dalle gare, prevista dall'art. 46, comma 1-bis, d.lgs. 163/06, è volta a ridurre il potere discrezionale delle stazioni appaltanti, 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. La novella legislativa, tuttavia, prevede che le stazioni appaltanti possano escludere i candidati o i concorrenti, oltre che per i motivi tassativamente disciplinati dal Codice, anche "*in caso di mancato adempimento di prescrizioni previste [...] da altre disposizioni di legge vigenti*".

Tale clausola di salvaguardia consente di non ritenere preclusa la possibilità per le stazioni appaltanti di prevenire *ab initio*, inserendo apposite clausole nel bando, possibili comportamenti delle imprese in violazione delle norme a tutela della concorrenza suscettibili di minare l'esito stesso della gara.

Peraltro, la possibilità per la stazione appaltante di escludere un raggruppamento che, nel concreto, presenti connotazioni tali da potersi ritenere "macroscopicamente" anticoncorrenziale è da ricondursi all'applicazione diretta dell'art.101 del Trattato dell'Unione Europea che, al pari dell'art. 2 della legge n. 287/1990, vieta le intese aventi per oggetto o per effetto quello di falsare e/o restringere la concorrenza. Di sicuro, pertanto, la previsione del Trattato, al pari delle altre norme a tutela della concorrenza (comunitarie e nazionali), può considerarsi una tra le "*disposizioni di legge vigenti*" (peraltro di rango superiore) richiamate dall'art. 46 cit., la cui violazione può determinare l'esclusione dalla gara.

Quanto alla modifica dell'art. 81 del Codice, che disciplina i criteri per la determinazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, è ragionevole ritenere che l'intenzione del Legislatore sia stata quella di estendere le garanzie dei lavoratori, anticipando le forme di tutela già previste *ex post* sulla verifica della congruità delle offerte, rendendo "irrilevante", ai fini della valutazione dell'offerta, la voce relativa al costo del lavoro, sempre che questo sia inteso quale costo orario unitario come definito dai Contratti Collettivi Nazionali di Lavoro di settore.

Solo in tale ottica, infatti, la norma contribuirebbe ulteriormente a scoraggiare, *ab initio*, la presentazione di offerte suscettibili di celare, pertanto, fenomeni legati all'utilizzo del lavoro irregolare.

Se per costo del personale, infatti, si intende la somma complessiva dei corrispettivi pagati per l'utilizzo del personale per eseguire una prestazione ovvero il costo orario del personale quale definito dalla contrattazione collettiva, tale circostanza non è irrilevante dal punto di vista concorrenziale.

Il costo “complessivo” del personale può rappresentare un fattore chiave di competizione tra le diverse imprese che, pur allo stesso costo orario stabilito dai CCNL, devono poter competere contando sulle efficienze derivanti da una diversa organizzazione produttiva.

Sotto altro profilo, appare altresì necessario evitare che il nuovo art. 81, comma 3-bis, richiamando i minimi salariali oggetto di contrattazione tra le associazioni di categoria “più rappresentative sul piano nazionale”, abbia l’effetto di “appiattare” il costo del fattore lavoro per tutti i potenziali *competitor* su livelli predeterminati nei contratti aziendali delle principali imprese attive sui diversi mercati.

L’Autorità ha evidenziato più di una volta le possibili distorsioni ricollegabili ai casi in cui il Legislatore imponga l’adozione di un determinato tipo di CCNL, osservando che una tale scelta appare più appropriata per i soli aspetti del contratto che producono effetti sulla sicurezza del lavoratore, piuttosto che anche su quelli meramente economici. Una disposizione normativa di tal genere è suscettibile, infatti, di ridurre la concorrenza, costituendo una barriera all’entrata di nuovi operatori economici, ovvero innalzando i costi degli operatori già presenti che adottano un contratto di lavoro diverso.

**2) PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI – DIPARTIMENTO POLITICHE COMUNITARIE
– DECRETO 4 AGOSTO 2011 – ATTIVITÀ ESCLUSE DAL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI.**

Sulla G.U.R.I. n. 272 del 22 novembre 2011 è stato pubblicato il decreto in oggetto emarginato, con il quale sono state individuate alcune attività che devono ritenersi escluse dall’applicazione del Codice dei contratti pubblici.

In particolare, facendo seguito alla decisione della Commissione europea 2011/372/UE del 24 giugno 2011, è stato stabilito che il d.lgs.163/06 non si applica agli appalti attribuiti da enti aggiudicatori e destinati a permettere la prestazione dei seguenti servizi in Italia: prospezione di petrolio e gas naturale, nonché produzione di petrolio.

* _ * _ * _ * _ * _ *

Nel restare a disposizione si porgono cordiali saluti.

Avv. Francesco Lilli
(responsabile del servizio)

