Quotidiano del Sole 24 Ore
Edilizia e Territorio

Stampa Chiudi

22 Mar 2017

Appalti, criteri di aggiudicazione e esclusione delle offerte anomale: tutti i nodi irrisolti del Correttivo

Paola Conio e Luca Leone

L'articolo 97 del Codice contratti, che reca la disciplina relativa alle offerte anormalmente basse, non è certamente tra le norme più riuscite della riforma, in particolare per quanto concerne la descrizione delle modalità di determinazione della soglia di sospetto nell'ipotesi di aggiudicazione al minor prezzo. Sebbene chiaramente ispirato dalla condivisibile intenzione di rendere meno prevedibile per i partecipanti il valore assunto dalla soglia di anomalia e, dunque, scoraggiare la formulazione opportunistica delle offerte e gli accordi diretti ad addomesticare i risultati della gara, l'articolo è scritto in modo poco chiaro e pone svariati problemi applicativi.

L'Anac, in considerazione delle numerose richieste di chiarimento pervenute dalle stazioni appaltanti, ha pubblicato lo scorso 5 ottobre un comunicato con il quale si davano indicazioni operative sull'articolo 97 le quali, tuttavia più che "chiarire" le disposizioni normative, ne integravano il contenuto, modificandone la portata. Per tale ragione ci si attendeva che il decreto correttivo avrebbe fatto tesoro delle (molte) critiche costruttive, risolvendo definitivamente i problemi operativi della nuova disciplina. Stando, tuttavia, al testo approvato dal Consiglio dei Ministri non sembra che l'intervento correttivo sortirà gli effetti sperati. Esaminando il testo riformulato si ha l'impressione che diverse proposte di modifica siano state affastellate senza che ne venisse assicurata la coerenza, dando così luogo a un testo, per alcuni versi, ancor più contraddittorio di quello vigente.

MENO DI 5 OFFERTE

L'articolo verrebbe modificato al fine di superare il problema determinato dall'impossibilità di utilizzare tre dei cinque metodi alternativi descritti dal secondo comma (anch'essi chiariti dalla proposta di modifica) nel caso in cui le offerte ammesse siano in numero inferiore a cinque. La problematica era stata evidenziata nel comunicato Anac citato, che invitava le stazioni appaltanti a precisare nel bando che non si sarebbe dato luogo al sorteggio del metodo da applicare per la determinazione della soglia di anomalia se le offerte ammesse fossero state, per l'appunto, inferiori a cinque. La giurisprudenza, invece aveva ritenuto che il sorteggio dovesse comunque avvenire ed essere ripetuto fintanto che non si fosse estratto uno dei due metodi applicabili anche nel caso in cui le offerte ammesse fossero state solo due.

Nello schema di decreto correttivo il comma 3-bis, di nuova introduzione, prevede che «il calcolo di cui al comma 2 è effettuato ove il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque, a dieci nel caso di cui al comma 8». Si propone, altresì, l'introduzione del comma 3-ter che prevede, come nel previgente art. 86 del Dlgs 163/2006, la facoltà di sottoporre a verifica ogni «altra» offerta che, in base ad elementi specifici, risulti anormalmente bassa. Quest'ultima disposizione, tuttavia, è sostanzialmente riproduttiva di quanto già previsto dal comma 6 – che non viene modificato dal correttivo – salvo che per l'introduzione del termine «altra». La nuova disposizione del comma 3-bis, sembrerebbe destinata a ingenerare confusione tra il metodo che

occorre seguire per determinare la soglia di anomalia e le diverse conseguenze che dalla predetta determinazione derivano a seconda del tipo di gara. In altre parole, l'esigenza di determinare il limite oltre il quale le offerte risultano anormalmente basse dovrebbe sussistere, a tutela dell'interesse pubblico, a prescindere dal fatto che, una volta determinato tale limite, si possa o meno escludere automaticamente le offerte che lo superano o, invece, le si debba sottoporre a verifica. Conseguentemente, non si comprende per quale motivo le stazioni appaltanti non potrebbero/dovrebbero applicare i metodi previsti dal comma 2 per determinare la soglia di sospetto nel caso in cui, versandosi nell'ipotesi del comma 8 dell'art. 97, le offerte ammesse siano inferiori a dieci ma superiori a cinque e, quindi, non sussistano ostacoli oggettivi all'applicazione delle varie metodologie descritte al secondo comma. Nel caso la stazione appaltante si sia avvalsa della facoltà di procedere all'esclusione automatica delle offerte anomale, dovrebbe essere tale facoltà ad essere concretamente esercitabile solo se le offerte ammesse sono in numero superiore a dieci, e non la determinazione della soglia di sospetto oltre la quale le offerte andrebbero comunque verificate.

Allo stato delle modifiche proposte, pertanto, nel caso di aggiudicazione al prezzo più basso vi sarebbe l'obbligo di valutare le offerte che superano la soglia di anomalia determinata ai sensi del comma 2 se le offerte ammesse siano più di 5 a meno che la stazione appaltante non abbia previsto nel bando la facoltà di esclusione automatica. Nel qual caso non si dovrebbe procedere affatto a determinare la soglia predetta se le offerte ammesse fossero in numero inferiore a 10. Al massimo, la stazione appaltante avrebbe la possibilità di valersi del comma 3-ter (o del comma 6, sempre che la duplicazione quasi testuale della previsione non venga elisa). È evidente l'intenzione di sacrificare l'attenzione sostanziale alla sostenibilità delle offerte, a vantaggio della semplificazione e della riduzione del numero dei contenziosi. Tuttavia, tale apparente risparmio potrebbe pagarsi in termini di difficoltà e contenziosi nella fase esecutiva.

ESCLUSIONE AUTOMATICA

Ma l'art. 97, così come proposto, ingenera soprattutto significativi dubbi in rapporto alle disposizioni dell'art. 95, in particolare per quanto attiene agli affidamenti di lavori. Leggendo in particolare il comma ottavo. così come modificato dalla proposta di correttivo, si dovrebbe dedurre che il criterio del prezzo più basso sia utilizzabile, per i lavori, per tutti gli affidamenti sotto soglia. Come noto, la riforma ha sensibilmente circoscritto le ipotesi nelle quali è possibile utilizzare il criterio del minor prezzo. Il comma 4 della citata disposizione, anche nella versione modificata dal Correttivo, limita tale possibilità, per quanto concerne i lavori, a quelli affidati su progetto esecutivo di importo inferiore a un milione. Non si comprende, quindi, come le nuove previsioni del comma ottavo possano coordinarsi con l'art. 95 comma 4, che come detto non include i lavori superiori al milione tra le ipotesi per le quali è consentito ricorrere al prezzo più basso. L'ipotesi – che comunque non viene minimamente ventilata dalla relazione illustrativa – potrebbe essere quella di riferire la previsione della possibilità teorica di affidamenti al prezzo più basso oltre al milione alla nuova fattispecie della lettera c-bis del comma 4 dell'art. 95. Tale nuova disposizione prevede *tout court* la possibilità di ricorrere al prezzo più basso nei casi di irgenza. Il che, considerando che probabilmente si tratterebbe di interventi molto poco definiti potrebbe legittimare un affidamento quasi casuale, basato meramente sull'alchimia di un numero magico: quello del miglior ribasso della prima offerta risultata non anomala con l'applicazione di un metodo sorteggiato in gara.

OBBLIGO DI OFFERTA PIU' VANTAGGIOSA

Peraltro, neppure con riferimento all'art. 95 sono state proposte con il decreto correttivo quelle modifiche che sarebbero apparse doverose in considerazione del contrasto giurisprudenziale già formatosi nei pochi mesi di vita della riforma. Ovvero, non sono state inserite disposizioni che chiarissero il rapporto tra il comma terzo e il comma quarto e, conseguentemente, fornissero indicazioni certe sul comportamento da seguire nel caso in cui una fattispecie rientrasse, teoricamente, sia nella casistica del comma tre (valutazione qualità prezzo obbligatoria) che in quella del comma 4 (valutazione al minore prezzo facoltativa). Considerando anche la modifica

relativa al costo medio del lavoro previsto nelle tabelle ministeriali come minimo invalicabile nella valutazione di congruità, l'art. 97, così come riformulato risulterebbe ancora più complesso, contraddittorio e foriero di possibili contenziosi di quanto già non lo sia nella versione attuale.

P.I. 00777910159 - Copyright Il Sole 24 Ore - All rights reserved

Quotidiano del Sole 24 Ore
Edilizia e Territorio

Stampa Chiudi

22 Mar 2017

Avvalimento, non serve un contratto per provare il prestito di requisiti tra imprese dello stesso gruppo

Mauro Salerno

Non c'è bisogno di siglare un formale contratto di avvalimento per provare il prestito di requisiti tra imprese che fanno parte dello stesso gruppo. In questi casi trattandosi di «avvalimento infragruppo» basta che l'impresa capogruppo dimostri, anche con una dichiarazione, il legame societario con l'impresa ausiliaria.

A ribadire questo principio di semplificazione è il Tar di Bolzano con la sentenza n. 99 del 14 marzo scorso. Il fatto riguardava il prestito di un requisito tra due società del gruppo Tüv. In particolare l'abilitazione richiesta per svolgere uno dei servizi di verifica del progetto di elettrificazione della ferrovia della Val Venosta. I ricorrenti hanno contestato l'assenza di un contratto di avvalimento per provare il prestito dei requisiti tra la società capogruppo, poi risultata aggiudicataria dell'incarico Tüv Süd e la partecipata Tüv Süd NL.

«La censura principale fatta valere dalla ricorrente - ricostruiscono i giudici - consiste nella contestazione della validità dell'avvalimento, non avendo la Tüv Süd depositato il relativo contratto di avvalimento, con il quale la Tüv Süd NL si obbliga a mettere a disposizione della Tüv Süd le proprie prestazioni». Il fatto però è che, si legge ancora nella sentenza «la ricorrente non tiene però debitamente conto del fatto che nella fattispecie siamo di fronte ad un avvalimento infragruppo societario ai sensi dell'art. 89 D. Lgs. 50/2016 (art. 49 del D. Lgs. n. 163/2006), per il quale è pacifico che non è necessaria la stipulazione di un contratto di avvalimento, ma è sufficiente che l'impresa capogruppo dimostri il legame societario intercorrente tra essa stessa e l'impresa ausiliaria».

Per i giudici «la ragione di questa semplificazione è chiara. Nell'ambito dell'avvalimento infragruppo, infatti, l'obbligo dell'impresa ausiliaria controllata di mettere a disposizione dell'impresa concorrente controllante le risorse necessarie per tutta la durata del contratto, è dovuto proprio al controllo direzionale societario tra capogruppo e partecipata, che può essere comprovato da una dichiarazione unilaterale attestante il legame giuridico ed economico esistente nel gruppo». Nel caso di specie «tale legame societario è stato provato dalla Tüv Süd con la dichiarazione del 17.8.2016 e la presentazione dell'estratto dal Registro delle Imprese della Camera di Commercio Netherland».

P.I. 00777910159 - Copyright Il Sole 24 Ore - All rights reserved

Il Sole 24 ORE

Data 22-03-2017
Pagina 1
Foglio 1 / 2

Il ministero: serve la comunicazione preventiva - Non si fermano le polemiche

Sbloccati i «vecchi» voucher

Dopo la frettolosa abrogazione della disciplina dei voucher, decisa **senza prevedere un regime transitorio, il ministero del Lavoro sblocca** l'utilizzo di 35 milioni di buoni acquistati entro il 17 marzo e spendibili fino al 31 dicembre facendo "rivivere" le regole precedenti. Per eliminare il contenzioso serve però un intervento in sede di conversione del Dl 25/17. Ma le polemiche non si fermano.

Falasca e Pizzin ▸ pagina 41

Lavoro accessorio. Il ministero spiega che sono confermate le vecchie regole anche se le norme sono state abrogate con il Dl 25

Voucher con avviso preventivo

In caso di inadempimento da parte dell'impresa impossibile applicare sanzioni

Giampiero Falasca
Mauro Pizzin

Dopo l'incauta e **frettolosa** abrogazione della disciplina del **lavoro accessorio**, decisa senza che fosse previsto un adeguato regime transitorio, il ministero del Lavoro prova ad attenuare la portata degli errori del legislatore.

È di ieri la nota, apparsa sul sito del ministero, in cui si legge che, per i **voucher** acquistati entro il 17 marzo e ancora spendibili fino al prossimo 31 dicembre «...l'utilizzo dei buoni per prestazioni di lavoro **accessorio**, nel **periodo transitorio** sopra ricordato, dovrà essere effettuato nel rispetto delle disposizioni in materia di lavoro accessorio previste nelle norme oggetto di abrogazione da parte del decreto».

Questa nota sembra una **risposta ai dubbi** sollevati da più parti (si veda l'articolo sul Sole 24 Ore di ieri e il parere redatto sul tema dalla Fondazione studi dei **consulenti del lavoro**) circa le regole da applicare ai 35 milioni di voucher che si stimano ancora in circolazione durante il **periodo che** va dal 17 marzo al 31 dicembre di questo anno.

Il decreto legge 25, entrato in vigore proprio lo scorso 17 marzo, ha infatti abrogato con effetto immediato la disciplina del lavoro accessorio, ma ha lasciato aperta fino alla fine dell'anno la possibilità di usare i voucher già acquistati.

Il combinato disposto di queste due misure è risultato assolutamente paradossale, perché l'abrogazione integrale delle **norme** sul **lavoro accessorio** ha travolto anche quelle che governavano l'utilizzo dei buoni, con la conseguenza che, per tutto il periodo transitorio, i buoni si potranno usare, ma non saranno più in vigore le regole che li disciplinavano.

A partire dal 17 marzo, infatti, è stata cancellata la norma (articolo 49, comma 3, del Dlgs 81/2015), introdotta dal Dlgs 185/2016, la quale stabiliva (per le imprese, mentre le famiglie erano esentate) l'obbligo di inviare una comunicazione preventiva ai servizi ispettivi (con i dati del lavoratore e l'indicazione dell'orario di inizio e fine della prestazione) ogni volta che veniva usato il lavoro accessorio.

Dalla stessa data, sono state cancellate le sanzioni (da 400 a 2.400 euro per ciascun lavoratore oggetto della violazione) previste dalla stessa norma per i casi di **mancato invio della comunicazione preventiva**.

La nota del Ministero pubblicato ieri sembra voler rimediare alle conseguenze paradossali della nuova disciplina; non è scontato, tuttavia, che la questione possa considerarsi risolta.

Ipotizziamo che un datore di lavoro abbia acquistato un buono il 16 marzo e decida di utilizzarlo per la giornata odierna. Se questo datore di lavoro va a cercare cosa c'è scritto nella legge, non trova alcun obbligo di inviare la comunicazione preventiva: pertanto, ritenendo sufficiente rispettare la legge, non prende visione della nota del Ministero e utilizza il buono senza inviare nessuna email ai servizi ispettivi.

A quel punto, se arriva un'ispezione e viene contestata dagli organi di vigilanza la mancanza di comunicazione preventiva, il datore **rischia** di subire la sanzione, ma ha anche ottime **prospettive** di poter impugnare con successo il provvedimento.

L'unico fondamento normativo di tale sanzione sarebbe, infatti, il messaggio pubblicato sul sito internet del Lavoro: un atto ancora non previsto nella gerarchia delle fonti. Ora, è chiaro che il ministero ha pubblicato questo messaggio sperando di stimolare una condotta "virtuosa" delle imprese, ma l'esempio dimostra che questo tentativo, seppure lodevole, non può bastare. È necessaria, invece, **l'immediata** correzione del decreto, in sede di sua conversione parlamentare, mediante una norma che stabilisca con **chiarezza** che, durante il periodo transitorio, continua ad applicarsi in via temporanea (e soltanto rispetto ai buoni già acquistati) tutta la disciplina oggetto di **abrogazione**.

Intanto non si ferma la polemica legata all'abolizione dei buoni: se ieri l'Inps ha **annunciato** il ripristino della procedura telematica per l'attivazione dei voucher ancora **utilizzabili**, dopo il blocco di lunedì scorso che aveva creato più di qualche problemi ad aziende e famiglie, nel corso della giornata a manifestare tutto il proprio disagio è stata la Federazione italiana tabaccai (Fit), che con una nota ha chiesto un incontro **urgente al presidente** del Consiglio, minacciando di sospendere da subito il servizio di pagamento dei voucher. «È innegabile - ha sostenuto in una nota il presidente nazionale di categoria, Giovanni Risso - che il servizio di emissione e pagamento dei buoni lavoro rappresentasse per i tabaccai una importante fonte di reddito soprattutto in un momento in cui siamo costretti ad **assistere** ad una importante contrazione della redditività, causata dalla stretta al fumo, ai giochi e ad una netta ripresa del contrabbando. Noi tabaccai siamo concessionari dello Stato e ci adeguiamo alle sue leggi, senza entrare nel **merito di alcuna scelta politica** - ha concluso Risso - ma almeno ci sia concesso di evidenziare i danni che la cancellazione di un servizio di qualità ci ha arrecato».

© RIPRODUZIONE RISERVATA

PROCEDURA RIAVVIATA
Dopo lo stop di lunedì scorso ripristinato il sito dell'Inps per la gestione dei buoni
Contro l'abolizione parte la protesta dei tabaccai

FANTASIA E NORMA

Legge abrogata ma sempre valida

Al legislatore non deve mancare la fantasia. Nel caso della vicenda voucher e della nota del ministero del Lavoro si rischia, però, di cadere in un equilibrismo onirico. Come qualificare, altrimenti, la pretesa di condizionare l'uso dei voucher restanti alle vecchie procedure, con la comunicazione preventiva, visto che la legge non c'è più? L'alternativa sarebbe stata l'ammissione della fretta. Con l'impegno, con la legge di conversione, a riscrivere, in modo ragionevole, la norma sul regime transitorio. (m.c.d.)

Ritaglio stampa ad uso esclusivo del destinatario, non riproducibile.

I numeri

17 marzo

Cancellazione
La possibilità di utilizzare i voucher per pagare prestazioni di lavoro saltuarie è stata cancellata a partire dal 17 marzo. Tuttavia i voucher già acquistati da famiglie e imprese potranno essere utilizzati fino al 31 dicembre di quest'anno

1,38 milioni

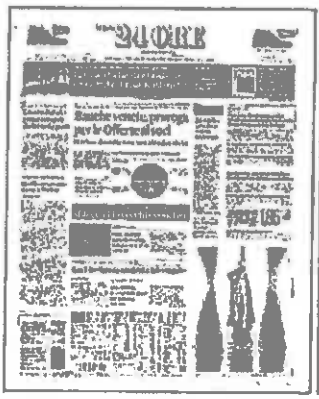
Lavoratori
Nel 2015 sono stati retribuiti con i voucher 1,38 milioni di lavoratori. In media ognuno ha incassato 63,8 voucher, pari a un importo netto inferiore a 500 euro

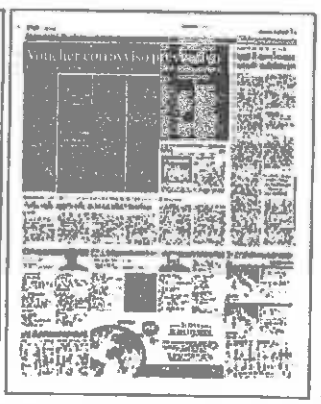
9 dipendenti

Dimensione
Oltre l'80% delle aziende che utilizzano i voucher non ha più di 9 dipendenti. In molti casi l'importo dei voucher arriva al 50% del monte salari

2.400 euro

Sanzione
Prima di utilizzare un lavoratore retribuito con voucher gli imprenditori devono effettuare una comunicazione all'Ispettorato nazionale del lavoro. In caso di inadempimento scatta una sanzione variabile da 400 a 2.400 euro per ogni lavoratore





Ritaglio stampa ad uso esclusivo del destinatario, non riproducibile.