

AG 32/14

15 luglio 2014

Oggetto: Istanza di parere, ai sensi dell'art. 69, comma 3, del D.Lgs. n. 163/2006 - Comune di Udine - Bando di gara per l'affidamento del servizio di pulizia dei locali scolastici e delle pertinenze - Clausola sociale di imponibile di manodopera - Clausola sociale di assunzione di soggetti svantaggiati - Valutazione di compatibilità con il diritto comunitario - Accoglimento con modifiche e integrazioni

Con nota pervenuta in data 21 maggio 2014, prot. 58715, il Comune di Udine ha sottoposto all'attenzione della soppressa AVCP una istanza di parere ai sensi dell'art. 69, comma 3, del D.Lgs. n. 163/2006 (d'ora in poi Codice), rappresentando di essere in procinto di esperire una procedura aperta di gara da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'art. 83 del Codice, per l'affidamento del servizio di pulizia dei locali scolastici e delle pertinenze, per il periodo 01 settembre 2014 - 30 giugno 2017 per un importo a base d'asta al di sopra la soglia comunitaria, equivalente a € 393.440,00, al netto di IVA, oltre a oneri di legge. Il richiedente afferma di voler inserire nel bando di gara una clausola che prevede una clausola volta alla creazione di nuove opportunità di recupero sociale attraverso l'inserimento lavorativo di persone svantaggiate, indicando in questa categoria i soggetti definiti dall'art. 4, comma 1, della l. 381/1991, indicando altresì che "nel totale della forza lavoro impegnata, si intende compresa la quota di personale già utilizzata dalla ditta cessante ed assorbito ai sensi del successivo art. 11, comma 2 (del disciplinare di gara, ndr)".

Scopo dichiarato dell'amministrazione istante, come indicato dalla stessa, è quello di inserire nell'appalto di servizi suddetto, per tutta la durata del rapporto contrattuale, uno stabile ed effettivo strumento a favore dell'occupazione di alcune categorie di cittadini in condizione di svantaggio sociale. Tanto premesso, il Comune di Udine ha rimesso all'Autorità, a corredo della propria istanza, una bozza del capitolato speciale di appalto, ai fini della valutazione della istanza medesima, sottoponendo un quesito circa la legittimità e compatibilità di una ulteriore previsione di gara, in altro punto del disciplinare, ove si dispone il riassorbimento del personale del precedente affidatario del servizio.

In merito alla predetta istanza il Consiglio dell'Autorità nell'Adunanza del 15 luglio 2014 ha assunto le seguenti determinazioni.

Si rammenta, in via preliminare, che l'art. 69 del Codice dei contratti pubblici - in recepimento dell'art. 26 della Direttiva 2004/18/CE e dell'art. 38 della Direttiva 2004/17/CE - prevede che le Stazioni appaltanti possano esigere condizioni particolari per l'esecuzione del contratto, purché queste siano compatibili con il diritto comunitario e, in particolare, con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, e purché siano precisate nel Bando di gara, o nell'Invito in caso di procedure senza bando, o nel Capitolato d'onori. A tal riguardo, la suddetta disposizione precisa, al comma 2, che dette condizioni possono attenere, in particolare, a esigenze sociali o ambientali ed aggiunge, al comma 3, che la Stazione appaltante che prevede tali condizioni particolari ha facoltà di comunicarle all'Autorità, al fine di ottenerne una pronuncia sulla compatibilità con il diritto comunitario.

Le norme comunitarie e la disciplina di recepimento prevedono, dunque, espressamente che debba trattarsi di condizioni di esecuzione, con ciò chiarendo, esplicitamente, che si tratta di condizioni che producono effetti nella fase esecutiva dell'appalto. L'Autorità ha chiarito che, implicitamente, tale formulazione dispone che le stesse non debbano avere incidenza sulla fase di gara: ciò, in particolare, riguarda la impossibilità di costituire barriere all'ingresso, nella forma della richiesta di elementi di ammissibilità dell'offerta.

Le stazioni appaltanti devono, quindi, effettuare un'attenta valutazione della conformità delle condizioni particolari di esecuzione richieste ai principi del Trattato UE, concernenti la libera circolazione delle merci e la libera prestazione dei servizi, al fine di evitare discriminazioni, dirette o indirette, tra gli offerenti, e di scongiurare il rischio che le stesse possano avere effetti pregiudizievoli sulla reale ed effettiva concorrenza tra le imprese. Proprio al fine di favorire tale valutazione, il già richiamato art. 69, comma 3, del Codice ha previsto la facoltà per le stazioni appaltanti di richiedere all'Autorità un pronunciamento su tale aspetto delle clausole del bando contemplanti "particolari condizioni di esecuzione del contratto", onde evitare che le disposizioni in esse contenute incidano negativamente sulle condizioni di concorrenzialità del mercato "in modo tale da discriminare o pregiudicare alcune categorie di imprenditori, determinando così un'incompatibilità delle previsioni del bando o dell'invito con il diritto comunitario" (Cons. St., Sez. cons. per gli atti normativi, Parere 6 febbraio 2006, n. 355). Si sottolinea, infine, che in diretta applicazione dell'art. 69, comma 4, del Codice dei contratti pubblici, appare necessario che - negli atti di gara - sia previsto che gli operatori dichiarino, in sede di offerta, di accettare le condizioni particolari, per l'ipotesi in cui risulteranno aggiudicatari; la prassi di questa Autorità ha, inoltre, aggiunto in via interpretativa che di siffatta clausola sociale deve essere dato riscontro nello schema di contratto.

Nel caso di specie, la stazione appaltante sottopone all'Autorità una clausola che prevede la seguente formulazione: "Come previsto dall'art. 5, comma 4, della l. 381 dell'8.1.1991, al fine di creare nuove opportunità di recupero sociale attraverso l'inserimento lavorativo di persone svantaggiate, l'aggiudicatario dovrà avvalersi per l'esecuzione delle prestazioni previste dal contratto di "persone svantaggiate", in misura non inferiore al 30% (trenta per cento) del totale della forza lavoro impegnata. Per "persone svantaggiate" si intendono le persone indicate nell'art. 4, comma 1, della l. 381/91. Nel totale della forza lavoro impegnata, si intende compresa la quota di personale già utilizzata dalla ditta cessante ed assorbito ai sensi del successivo art. 11, comma 2": tale clausola è contenuta nella bozza di Capitolato speciale di appalto, all'art. 1, comma 4, rubricato "Oggetto dell'appalto"). Il richiamato art. 11, comma 2, del disciplinare prevede inoltre che "il presente appalto è altresì sottoposto all'osservanza delle norme in materia di cessazione e cambio di appalto previste dalla contrattazione collettiva vigente relativamente all'obbligo di assorbimento della manodopera. A tal fine l'aggiudicatario si obbliga all'osservanza di tutte le leggi e delle norme previste dalla contrattazione collettiva vigente per le imprese di pulizia/multiservizi in tema di mantenimento dell'occupazione dei lavoratori appartenenti all'impresa cessante. Al suddetto personale dovranno essere garantite le medesime condizioni economiche e contrattuali in atto al momento del subentro, compresi gli scatti di anzianità già maturati".

Si evidenzia, in primo luogo, che l'Amministrazione procedente ha previsto una clausola ispirata alla promozione e alla valorizzazione di esigenze sociali, quali l'inserimento lavorativo di soggetti svantaggiati, la quale pare, tuttavia, inesistente per effetto del rinvio all'art. 11, comma 2, contenuto nell'art. 1, comma 4, del disciplinare medesimo su una ulteriore clausola sociale di assorbimento di manodopera. Si riscontra, inoltre, che la clausola sociale in esame risulta circoscritta nei limiti di una particolare condizione di esecuzione della prestazione, senza che ne conseguano indebite interferenze in sede di requisiti di partecipazione. La clausola non introduce, infatti, una prescrizione che assurge a requisito di capacità economico-finanziaria o tecnico-organizzativa che il concorrente deve possedere per poter essere ammesso alla gara.

A quanto consta, la proposta clausola è collocata all'interno del solo Capitolato speciale di appalto. Appare utile sottolineare, in primo luogo, che il costante indirizzo interpretativo di questa Autorità ha affermato che, per onorare gli obblighi pubblicitari richiesti dalla norma, la stazione appaltante è tenuta a: *a)* includere la clausola sociale, oltre che nel Capitolato speciale anche nel Bando di gara e nel Disciplinare di gara; *b)* dare alla clausola adeguata e autonoma evidenza, espungendola dall'articolo in cui è attualmente inserita e trasponendola in un articolo specifico rubricato "clausola sociale" o espressione equivalente; *c)* riportare una clausola di identico tenore nello Schema di contratto; *d)* curare che gli operatori economici concorrenti dichiarino in sede di offerta di accettare le condizioni di esecuzione. Infatti, giacché tali clausole implicano elementi di parziale deroga alla disciplina concorrenziale, ragioni di opportunità inducono a suggerire una formulazione auto-evidente, espressa e facilmente individuabile della stessa, tale che essa si possa identificare, con apposita evidenza in tutti gli atti di gara.

Nella sistematica dell'articolato, la clausola sociale, ove sono esplicitati gli obblighi e gli oneri contrattuali a carico dell'appaltatore per l'espletamento delle prestazioni, appare inserita all'interno dell'art. 1, comma 4. Deve essere sottolineato, tuttavia, che l'ultimo periodo del comma include, per implicito, una distinta e ulteriore condizione, la quale risulta esplicitata ad opera di un rinvio all'art. 11, comma 2.

Nel merito, la suddetta richiesta comporta un separato confronto con i principi comunitari, volti a presidio del corretto svolgersi delle dinamiche concorrenziali nel mercato.

Preme richiamare che la clausola si articola in una duplice condizione: la prima contempla l'individuazione della percentuale minima di lavoratori svantaggiati che dovranno essere collocati: in tal senso, è previsto che l'impresa dovrà avvalersi di persone svantaggiate nella misura non inferiore al 30% del numero complessivo dei lavoratori effettivamente utilizzati per l'esecuzione dei predetti servizi; la seconda prevede che, nella fase di reclutamento del personale per lo svolgimento della prestazione, l'impresa aggiudicataria debba assorbire prioritariamente il personale del precedente appaltatore, anche se tale seconda condizione appare invero come un richiamo rafforzativo alle norme della contrattazione collettiva vigente di assorbimento di manodopera. La seconda condizione, in particolare, assume le consuete sembianze della clausola sociale c.d. di improprio di manodopera, che determina il riassorbimento del personale dal precedente affidatario del servizio. L'Autorità ha un consolidato orientamento sul punto, a tenore del quale l'obbligo di reperimento dei lavoratori dal precedente affidatario può essere consentito soltanto previa valutazione di compatibilità con l'organizzazione di impresa, nel duplice senso che sia il numero dei lavoratori sia la loro qualifica devono essere armonizzabili con l'organizzazione d'impresa della ditta aggiudicataria e con le esigenze tecnico-organizzative previste (ex multis, Parere AG 44/2013). La clausola sociale, infatti, non può alterare o forzare la valutazione dell'aggiudicatario in ordine al dimensionamento dell'impresa e, in tal senso, non può imporre un obbligo di integrale riassorbimento dei lavoratori del pregresso appalto, senza adeguata considerazione delle mutate condizioni del nuovo appalto, del contesto sociale e di mercato o del contesto imprenditoriale in cui dette maestranze si inseriscono. La condizione in parola deve essere modificata in tal senso, coerentemente con detto orientamento mediante una formula come "qualora ciò sia coerente con la propria organizzazione di impresa" o equivalente; essa non deve prevedere automatismi nell'applicazione dell'istituto e deve temperare espressamente l'obbligo di assunzione con la condizione che il numero dei lavoratori e la loro qualifica siano armonizzabili con l'organizzazione d'impresa della ditta aggiudicataria e con le esigenze tecnico-organizzative e di manodopera

previste. Soltanto nei termini indicati, tale formulazione potrà essere ritenuta conforme agli orientamenti della giurisprudenza sulle misure atte a favorire condizioni di concorrenzialità nel mercato e coerente con una lettura comunitariamente orientata della libertà di iniziativa economica ex art. 41 Cost. Afferma, infatti, la giurisprudenza che “la c.d. clausola sociale va interpretata nel senso che l'appaltatore subentrante deve prioritariamente assumere gli stessi addetti che operavano alle dipendenze dell'appaltatore uscente, a condizione che il loro numero e la loro qualifica siano armonizzabili con l'organizzazione d'impresa prescelta dall'imprenditore subentrante” (Cons. Stato, V, 15 giugno 2009, n. 3900; in argomento cfr. anche Parere Avcp n. 44/2010, Parere Avcp AG 41/2012 e delibera Avcp n. 97/2012, in cui si fa anche riferimento alla necessità di considerare, in tema di concreta applicazione della clausola, il contenuto del CCNL di categoria applicato di volta in volta dal nuovo aggiudicatario). Siffatta formulazione, inoltre, non deve imporre una determinata forma contrattuale, rimettendo tale scelta alla discrezionalità dell'aggiudicatario, e si limiterà ad affermare un mero diritto di precedenza dei lavoratori del precedente affidatario, attivabile ovviamente a parità di qualifiche ricercate dall'impresa.

Diversamente, con riguardo alla assunzione di soggetti svantaggiati, l'Autorità ha, in altre occasioni, affermato che l'obbligo di impiegare lavoratori di tal genere, quale condizione di esecuzione dell'appalto, è conforme al disposto dell'art. 69 del Codice, purché siano rispettati i criteri individuati dal Regolamento CE del 12 dicembre 2002, n. 2204, relativo all'applicazione degli articoli 87 e 88 del Trattato CE (oggi artt. 107 e 108 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea) agli aiuti di Stato in favore dell'occupazione. Nel caso di specie, la clausola in esame deve essere integrata mediante queste considerazioni e la previsione corretta in modo tale da renderla più conforme al diritto comunitario. Con riguardo alla complessità della clausola di impiego stabile di soggetti svantaggiati non sorgono perplessità ex se in relazione alla misura minima non inferiore al 30% del numero complessivo dei lavoratori utilizzati per l'esecuzione dei predetti servizi.

Altrettanto compatibile appare la procedimentalizzazione degli oneri dell'appaltatore, tale per cui l'impresa aggiudicataria dovrà consegnare al Comune di Udine entro 30 giorni dalla data di inizio del servizio la documentazione relativa alle persone svantaggiate impiegate nell'esecuzione dell'appalto con il nominativo dei soggetti impiegati e la specifica dell'inquadramento contrattuale, dell'orario di lavoro, nonché la copia dei progetti individuali di inserimento lavorativo (art. 10 del Disciplinare).

Si osserva tuttavia, a tal proposito, che la clausola sociale proposta – di imponibile di manodopera e, congiuntamente, di assunzione di personale svantaggiato – si sostanzia in realtà in due distinte condizioni di esecuzione. La somma delle due condizioni appare particolarmente gravosa per l'impresa e restrittiva della libertà di iniziativa economica dell'impresa new comer. Pertanto, sarà onere della stazione appaltante riprodurre per ciascuna clausola la formula del rispetto della facoltà dell'aggiudicatario di valutare la compatibilità con la propria struttura operativa e organizzazione di impresa e, comunque, dovrebbe essere indicata una preferenza esclusiva dell'amministrazione per l'una o per l'altra clausola. Anche in considerazione della formulazione in forma di rinvio dell'art. 11 del Capitolato ai vigenti atti di contrattazione collettiva, che tutelano l'assorbimento dei lavoratori del precedente appalto, si consiglia la non adozione di tale seconda clausola.

In conclusione, le condizioni di esecuzione sottoposte all'esame ex art. 69 sono compatibili, con il diritto comunitario e con i principi di parità di trattamento, non discriminazione e proporzionalità, a determinate condizioni e purché l'amministrazione adotti le particolari precauzioni rappresentate nella motivazione. Sotto il profilo degli oneri formali di pubblicità, il Comune di Udine è invitato a formulare la clausola in modo evidente e autonomo, in un separato articolo tale che risalti con evidenza la condizione particolare autorizzata con il presente parere, nonché a specificare la clausola in tutti gli atti di gara e nello schema di contratto. Sotto il profilo sostanziale, la clausola che richiama l'assunzione di soggetti svantaggiati appare compatibile nella misura in cui la condizione di svantaggio si configuri nei limiti di cui al Regolamento CE 12 dicembre 2002, n. 2204; la clausola dell'imponibile di manodopera è da ritenersi compatibile, nella misura in cui sia specificato che sia il numero dei lavoratori sia la loro qualifica devono essere armonizzabili con l'organizzazione d'impresa della ditta aggiudicataria e con le esigenze tecnico-organizzative della stessa; la duplicità di condizioni appare oltremodo limitativa della concorrenza, pertanto, il Comune di Udine è invitato – nel bando per il servizio in oggetto – ad optare per l'una o per l'altra clausola.

Il Direttore generale
Lorenza Ponzzone