

7 maggio 2009

Oggetto: Istanza di parere ai sensi dell'art. 69, comma 3, del D.Lgs. 163/2006

In esito a quanto richiesto con nota n. 19047 del 2 aprile 2009 pervenuta a questa Autorità in data 16 aprile 2009, si comunica che il Consiglio dell'Autorità nell'adunanza del 6-7 maggio 2009 ha approvato le seguenti considerazioni.

Al fine di rendere il richiesto parere, si richiama in via preliminare l'art. 69 del Codice dei contratti pubblici - dettato in recepimento dell'art. 26 della direttiva 2004/18/CE e dell'art. 38 della Direttiva 2004/17/CE (del medesimo tenore) - ai sensi del quale "1. Le stazioni appaltanti possono esigere condizioni particolari per l'esecuzione del contratto, purché siano compatibili con il diritto comunitario e, tra l'altro, 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'oneri. 2. Dette condizioni possono attenersi, in particolare, a esigenze sociali o ambientali. 3. La stazione appaltante che prevede tali condizioni particolari può comunicarle all'Autorità, che si pronuncia entro trenta giorni sulla compatibilità con il diritto comunitario. Decorso tale termine, il bando può essere pubblicato e gli inviti possono essere spediti. 4. In sede di offerta gli operatori economici dichiarano di accettare le condizioni particolari, per l'ipotesi in cui risulteranno aggiudicatari". Tale disposizione consente alle stazioni appaltanti di prevedere particolari condizioni per l'esecuzione del contratto, opportunamente indicate nel bando di gara, nella lettera d'invito o nel capitolato d'oneri e purché compatibili con il diritto comunitario ed in particolare con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità. Compatibilità, questa, che si configura, secondo il 33° considerando della direttiva 2004/18/CE, "a condizione che [tali clausole] non siano, direttamente o indirettamente, discriminatorie e siano indicate nel bando di gara o nel capitolato d'oneri".

Le stazioni appaltanti devono quindi effettuare un'attenta valutazione della conformità delle condizioni particolari di esecuzione ai principi del Trattato UE, concernenti la libera circolazione delle merci e la libera prestazione dei servizi di cui agli articoli 28-30 e 43-55, con lo scopo di evitare discriminazioni, dirette o indirette, nei confronti di offerenti degli altri Stati membri.

Le "particolari condizioni" alle quali le norme in commento si riferiscono, attengono in particolare ad esigenze sociali o ambientali. Infatti, il 33° considerando della Direttiva appalti precisa che "... esse possono essere finalizzate alla formazione professionale nel cantiere, alla promozione dell'occupazione delle persone con particolari difficoltà di inserimento, alla lotta contro la disoccupazione o alla tutela dell'ambiente. A titolo di esempio, si possono citare, tra gli altri, gli obblighi applicabili all'esecuzione dell'appalto di assumere disoccupati di lunga durata o di introdurre azioni di formazione per i disoccupati o i giovani, di rispettare in sostanza le disposizioni delle convenzioni fondamentali dell'Organizzazione internazionale del lavoro (OIL) nell'ipotesi in cui non siano state attuate nella legislazione nazionale, di assumere un numero di persone disabili superiore a quello stabilito dalla legislazione nazionale".

Ci si riferisce dunque a clausole attinenti ad esigenze sociali, con la previsione, ad esempio, di misure di tutela a favore di alcune categorie di persone con particolari difficoltà di inserimento nel mondo del lavoro (persone svantaggiate o lavoratori invalidi, o a sostegno dell'occupazione) e ad esigenze ambientali, con la previsione, ad esempio, di particolari modalità di recupero, riciclaggio, riutilizzo dei materiali utilizzati dall'appaltatore o dei rifiuti prodotti.

Si osserva al riguardo che sebbene le norme comunitarie e la disciplina di recepimento prevedano espressamente tra tali condizioni particolari di esecuzione, le "esigenze sociali ed ambientali", ciò non esclude che le stesse possano riguardare anche altre "esigenze" perseguite dall'amministrazione, purché non in contrasto con i predetti principi comunitari.

E proprio al fine di valutare tale compatibilità l'art. 69, comma 3, del Codice ha previsto la possibilità 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, come evidenziato dal Consiglio di Stato in sede di parere sul Codice (n. 355/2006), che tali clausole 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".

Nel caso di specie, come evidenziato in premessa, la Provincia di Foggia intende inserire negli atti di gara una clausola contemplante l'obbligo per l'appaltatore di attingere la manodopera necessaria per l'esecuzione del contratto dagli elenchi del personale (LPU) già utilizzato dalla precedente impresa appaltatrice.

Al fine di esprimere un parere su tale clausola, sembra opportuno richiamare brevemente la disciplina in materia di lavoratori socialmente utili, contenuta nel D.Lgs. n. 486/1998 e s.m.. Tale decreto legislativo chiarisce all'art. 1 che costituiscono "lavori socialmente utili le attività che hanno per oggetto la realizzazione di opere e la fornitura di servizi di utilità collettiva, mediante l'utilizzo di particolari categorie di soggetti, alle condizioni contenute nel presente decreto legislativo, compatibilmente con l'equilibrio del locale mercato del lavoro". Tali attività sono distinte in "lavori di pubblica utilità" mirati alla creazione di occupazione, in particolare in nuovi bacini di impiego e

realizzati (art.2) “nei settori della cura della persona; dell'ambiente, del territorio e della natura; dello sviluppo rurale, montano e dell'acquacoltura; del recupero e della riqualificazione degli spazi urbani e dei beni culturali”; “lavori socialmente utili” mirati alla qualificazione di particolari progetti formativi volti alla crescita professionale in settori innovativi o aventi obiettivi di carattere straordinario della durata di sei mesi, con priorità per i soggetti titolari di trattamenti previdenziali. Il D.Lgs. 468/97 detta una specifica disciplina con riferimento ai progetti di lavori di pubblica utilità (art. 2) che prevedono l'impegno di soggetti promotori per la realizzazione di attività stabili nel tempo e che, a tal fine, devono contenere un piano d'impresa relativo alle attività che si intendono promuovere alla fine del progetto. Tra i soggetti promotori rientrano anche le pubbliche amministrazioni. Ai sensi dell'art. 8, che disciplina le modalità e i limiti di utilizzazione dei lavoratori socialmente utili, nonché le relative modalità di retribuzione ed assicurazione, tale utilizzo non determina l'instaurazione del rapporto di lavoro e non comporta la sospensione e la cancellazione dalle liste di collocamento o di mobilità.

Sul punto la giurisprudenza ha chiarito che le caratteristiche dei lavori socialmente utili non ne consentano la qualificazione come rapporto di impiego; e ciò per la considerazione che il rapporto dei lavoratori socialmente utili trae origine da motivi assistenziali (rientrando nel quadro dei c.d. ammortizzatori sociali); riguarda un impegno lavorativo certamente precario; non comporta la cancellazione dalle liste di collocamento; presenta caratteri del tutto peculiari quali l'occupazione per non più di ottanta ore mensili, il compenso orario uguale per tutti (sostitutivo della indennità di disoccupazione) versato dallo Stato e non dal datore di lavoro, la limitazione delle assicurazioni obbligatorie solo a quelle contro gli infortuni e le malattie professionali. (ex multis Cons. St. 1253/2007).

Si richiama, infine, l'articolo 10 (occupazione dei soggetti già impegnati nei lavori socialmente utili), comma 1, del d.lgs. 468/97, ai sensi del quale “allo scopo di creare le necessarie ed urgenti opportunità occupazionali per i lavoratori impegnati nei lavori socialmente utili, facendo contemporaneamente fronte a proprie esigenze istituzionali per l'esecuzione di servizi aggiuntivi non precedentemente affidati in appalto o in concessione, le amministrazioni pubbliche (...) al momento della progettazione dei lavori stessi deliberano che, in continuità con i progetti medesimi: a) promuoveranno la costituzione di apposite società miste che abbiano ad oggetto attività uguali, analoghe o connesse a quelle già oggetto dei progetti in questione (...); b) affideranno a terzi scelti con procedura di evidenza pubblica, lo svolgimento di attività uguali, analoghe o connesse a quelle già oggetto dei progetti di lavori socialmente utili (...)”. Ai sensi del comma 3 “per l'affidamento a terzi dello svolgimento di attività uguali, analoghe o connesse a quelle già oggetto dei progetti di lavori socialmente utili da essi promossi, gli enti interessati possono, nel rispetto della disciplina comunitaria in materia di appalti, stipulare convenzioni di durata non superiore a 60 mesi con società di capitale, cooperative di produzione e lavoro, consorzi di artigiani, a condizione che la forza lavoro in esse occupata sia costituita nella misura non inferiore al 40 per cento da lavoratori già impegnati nei progetti stessi, ovvero in progetti di contenuti analoghi ancorché promossi da altri enti e nella misura non superiore al 30 per cento da soggetti aventi titolo ad esservi impegnati, in qualità di dipendenti a tempo indeterminato, o di soci lavoratori, o di partecipanti al consorzio”. Si sottolinea che i commi 1, 2 e 3 dell'art. 10 in esame, hanno durata transitoria; infatti, l'art. 6, comma 1, D.Lgs. n.81/2000, modificato dall'art. 52, comma 71, L.448/2001, ne prevede l'efficacia fino al 31 dicembre 2002.

Il suddetto D.Lgs.n. 81/2000 e s.m. - dedicato in particolare ai soggetti impegnati in progetti di LSU e con dodici mesi di permanenza effettiva negli stessi - ha delineato la progressiva scomparsa dell'esperienza dei lavoratori socialmente utili, prevedendo un itinerario di svuotamento del bacino dei lavoratori coinvolti nei relativi progetti, con progressiva stabilizzazione degli stessi. Con successive disposizioni normative (da ultimo legge 296/2006, d.l. 159/2009) sono stati previsti appositi stanziamenti da destinare a tali finalità, previa convenzione tra Regioni interessate e Ministero del lavoro e della previdenza sociale.

Le norme richiamate - finalizzate a contrastare il fenomeno della disoccupazione, incentivando la stabilizzazione dei lavoratori precari utilizzati dagli enti locali nei lavori socialmente utili - consentono di ritenere, in linea generale, conforme alle prescrizioni dell'art. 69 del Codice l'utilizzo in fase di esecuzione di un contratto di appalto di soggetti rientranti nella disciplina esaminata. E nel caso di specie la Provincia di Foggia, come illustrato in premessa, intende prevedere negli atti di gara l'obbligo per l'appaltatore di attingere la manodopera necessaria per l'esecuzione del contratto dagli elenchi del personale già utilizzato dalla precedente impresa appaltatrice. Una simile previsione non sembra incontrare limitazioni nell'art. 10 del D.Lgs. 468/97, essendo decorso il periodo transitorio previsto dall'art. 6 del D.Lgs. 81/2000 (31/12/2002); l'Amministrazione deve comunque prevedere un'attuazione della stessa, da parte dell'appaltatore, conforme ai limiti ed alle condizioni previste nella disciplina di settore.

Conclusivamente la clausola proposta dalla Provincia di Foggia non sembra presentare profili di contrasto con il diritto comunitario e con i principi del Trattato CE, richiamati dal citato art. 69 del Codice ed anzi appare conforme alle finalità di promozione dell'occupazione perseguite dal legislatore comunitario ed indicate nel 33° considerando della direttiva unificata.