

AG24-08

17 settembre 2008

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

In esito a quanto richiesto con nota n. 9905 del 17 luglio 2008 si comunica che il Consiglio dell'Autorità nell'adunanza del 17 settembre 2008 ha approvato le seguenti considerazioni.

Codesto Istituto ha rappresentato che intende affidare tramite asta pubblica n. 9 bandi di gara per l'esecuzione di lavori pubblici, di valore inferiore alla soglia di rilievo comunitario, nei quali è prevista una clausola a tenore della quale l'impresa partecipante "si impegna ad assumere per tutta la durata dell'appalto, in aggiunta alla propria organizzazione operativa, la mano d'opera ex l.s.u. composta da un n°1 lavoratore, prelevato dall'elenco depositato presso l'Ufficio Segreteria Generale della stazione appaltante, proveniente dai cessati Piani d'Impresa (contratto n. 6448 di repertorio del 11/06/01 - registrato a Brindisi il 03/07/01 al n. 1140 serie II e contratto d'appalto n. 6645 di repertorio del 02/10/02 - registrato a Brindisi il 21/10/02 al n. 1780 serie I) stipulati dall'IACP di Brindisi".

Viene specificato che la mano d'opera necessaria per ogni singolo appalto è stimata intorno alle quattro unità e che la durata degli appalti varia da un minimo di otto mesi ad un massimo di dodici mesi.

Su tale clausola, la stazione appaltante chiede che l'Autorità si pronunci ex art. 69, comma 3, del D.Lgs. n.163/2006.

A tal riguardo, occorre preliminarmente precisare che l'art. 69 del D.Lgs 163/2006 consente alle stazioni appaltanti di perseguire obiettivi sociali e/o ambientali imponendo all'aggiudicatario l'osservanza di clausole contrattuali relative a particolari modalità di esecuzione.

In particolare, dette clausole possono attenerne, oltre che ad esigenze ambientali, 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, quali persone svantaggiate o lavoratori invalidi, o a sostegno dell'occupazione, con misure a favore di disoccupati di lungo corso o di giovani disoccupati.

La norma richiede che le condizioni particolari siano compatibili con il diritto comunitario ed, in particolare, con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità e che siano precisate nel bando di gara, nella lettera d'invito o nel capitolato d'onere. Le stazioni appaltanti sono pertanto chiamate ad una 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.

In relazione alla molteplicità delle ipotizzabili fattispecie, il legislatore ha previsto la possibilità per le stazioni appaltanti di richiedere all'Autorità un pronunciamento sulla compatibilità con il diritto comunitario, ciò al fine di evitare, data la genericità della norma, come evidenziato dal Consiglio di Stato nelle Osservazioni al codice dei contratti, che le particolari condizioni di esecuzione incidano 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".

Ad ulteriore conferma di quanto sopra, si rammenta che il considerando 33 della direttiva n. 2004/18/CE, afferma che "Le condizioni di esecuzione di un appalto sono compatibili con la presente direttiva a condizione che non siano, direttamente o indirettamente, discriminatorie e siano indicate nel bando di gara o nel capitolato d'onere".

Nel caso di specie, la clausola, debitamente inserita nei bandi di gara, prevede l'assunzione di un lavoratore socialmente utile individuato tra quelli inseriti in un elenco depositato presso la stazione appaltante e proveniente dai cessati piani d'impresa stipulati dalla stessa stazione appaltante. La materia dei lavori socialmente utili è disciplinata dal D.Lgs. n. 81/2000 che ha integrato e modificato il D.Lgs n. 468/1997 e che prevede le modalità di realizzazione di tali lavori - intesi quali attività aventi per oggetto la realizzazione di opere e la fornitura di servizi di utilità collettiva - mediante l'utilizzo di particolari categorie di lavoratori, attraverso la promozione, da parte delle pubbliche amministrazioni, di specifici progetti.

Nel caso de quo, la stazione appaltante richiede che l'impresa aggiudicataria assuma per la durata del contratto di esecuzione dei lavori edilizi, oggetto delle gare, un soggetto già rientrante nella categoria dei lavoratori socialmente utili e, quindi, negli appositi elenchi previsti dalla normativa. La clausola è volta ad incentivare la creazione di occupazione stabile per categorie di lavoratori svantaggiati o che comunque si trovano al di fuori del mercato del lavoro, con ciò perseguendo un'esigenza sociale rientrante senz'altro nella previsione di cui al comma 2 dell'art. 69 del D.Lgs. n. 163/2008.

Ciò che rileva nel caso di specie ai fini della valutazione della compatibilità con il diritto comunitario e, quindi, in particolare, con i principi di non discriminazione e di par condicio tra gli operatori

economici concorrenti, è la delimitazione della scelta dei soggetti da assumere che, secondo la stazione appaltante, deve essere circoscritta a ex l.s.u. inseriti nell'elenco depositato presso l'Ufficio Segreteria Generale della stazione appaltante, proveniente dai cessati Piani d'Impresa stipulati dall'IACP di Brindisi.

Tale circostanza, anche se non direttamente discriminatoria, potrebbe tradursi in una distorsione delle regole di concorrenzialità in danno degli offerenti degli altri Stati membri ai quali verrebbe imposto l'assunzione di una categoria di lavoratori individuati sulla base della normativa italiana e strettamente correlata al zona di esecuzione dell'appalto. Tuttavia, trattandosi di bandi di gara per lavori di importo inferiore alla soglia di rilievo comunitario, si ritiene che tale profilo non sia significativo ai fini della presente valutazione.

Per ciò che concerne l'ambito nazionale, si ritiene che la clausola di che trattasi, facendo riferimento ad una categoria di lavoratori riconosciuta a livello nazionale e non comportando, per quanto consta, adempimenti che presuppongono la localizzazione dell'impresa nell'ambito territoriale della stazione appaltante, non si traduca in una limitazione dei principi di non discriminazione e di par condicio tra gli operatori economici, e che, pertanto, possa ritenersi compatibile con il diritto comunitario.