

Al Comune di Asti

AG 41/12

23/01/2013

Oggetto: Istanza di parere, ai sensi dell'art. 69, comma 3, del D.Lgs. n. 163/2006, formulata dal Comune di Asti - clausola sociale di prioritario assorbimento di personale del precedente aggiudicatario

In relazione all'istanza in oggetto, acquisita al prot. gen. n. 124442 del 31/12/2012, si rappresenta che il Consiglio dell'Autorità, nella seduta del 23 gennaio u.s., ha deliberato l'invio delle seguenti considerazioni.

Il Comune di Asti, con nota pervenuta in data 31/12/2012, prot. 124442, ha sottoposto all'attenzione di questa Autorità un'istanza di parere ai sensi dell'art. 69, comma 3, del D.Lgs. n. 163/2006, allegando la bozza del Bando di gara, il Disciplinare di gara, la bozza dello Schema di contratto, la bozza di Capitolato.

Il richiedente è infatti in procinto di bandire una gara per affidare il servizio triennale di facchinaggio interno ed esterno, avente ad oggetto trasporti e traslochi, manifestazioni ed allestimento di seggi elettorali, della durata di mesi 36, con procedura aperta, da assegnarsi con il criterio del prezzo più basso. Il richiedente afferma di voler inserire nel Capitolato speciale d'appalto una clausola che, in caso di cambio di gestione, prevede l'obbligo della ditta aggiudicataria di assorbire il personale già alle dipendenze del precedente affidatario. Dalla istanza di parere emerge altresì che - per l'affidamento dell'appalto indicato - l'importo stimato massimo dell'appalto è di € 365.000,00.

Al fine di rendere al Comune istante il parere in oggetto, si deve preliminarmente evidenziare, con specifico riguardo alle particolari condizioni di esecuzione dell'appalto in concreto richieste, che l'Amministrazione comunale ha previsto di inserire nel Capitolato speciale d'appalto una clausola ispirata alla promozione e alla valorizzazione di esigenze sociali (c.d. clausola sociale).

In merito si rammenta, in generale, 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, 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. A tal riguardo, la suddetta disposizione precisa, al comma 2, che dette condizioni possono attenere, in particolare, a esigenze sociali, come nel caso in esame, 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.

Sul punto, il 33° considerando della Direttiva 2004/18/CE precisa che la compatibilità delle suddette previsioni con il diritto comunitario si ravvisa "a condizione che [tali clausole] non siano, direttamente o indirettamente, discriminatorie e siano indicate nel bando di gara o nel capitolato d'oneri" e, con specifico riguardo alle esigenze sociali contemplabili, afferma che "tali condizioni 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".

Le norme comunitarie e la disciplina di recepimento prevedono, dunque, espressamente che debba trattarsi di condizioni di esecuzione, con ciò chiarendo implicitamente che le stesse non possono 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 comma 3 dell'art. 69 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).

Passando dunque ad esaminare il caso di specie, la clausola proposta dispone che "in caso di

cambio di gestione, si stabilisce per l'affidatario l'obbligo di assorbire ed utilizzare **prioritariamente** nell'espletamento del servizio, qualora disponibili, i lavoratori che già vi erano adibiti quali soci lavoratori o dipendenti del precedente aggiudicatario".

Deve essere rilevato che la stazione appaltante ha correttamente incluso la clausola sociale nel Capitolato speciale di appalto, all'art. 8, rendendo pertanto manifesta la propria intenzione di coinvolgere nell'esecuzione dell'appalto, con lo scopo di favorirne l'occupazione, i lavoratori che già vi erano adibiti quali soci lavoratori o dipendenti del precedente aggiudicatario ed onorando in tal modo gli obblighi pubblicitari richiesti dalla norma.

Si segnala, inoltre, che in diretta applicazione del comma 4 dell'art. 69 del Codice dei contratti pubblici, appare necessario altresì che nel Disciplinare di gara sia previsto che gli operatori dichiarino - in sede di offerta - di accettare le condizioni particolari, per l'ipotesi in cui risulteranno aggiudicatari; di siffatta clausola sociale deve essere, inoltre, dato riscontro nello schema di contratto. Si richiede, pertanto, di porre attenzione affinché gli operatori economici concorrenti dichiarino in sede di offerta di accettare le condizioni particolari di esecuzione previste dal Capitolato speciale.

Si deve, ancora, rilevare che la clausola sociale in esame, per come rappresentata dal Comune di Asti, 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 sottoposta alla valutazione dell'Autorità, infatti, non introduce una prescrizione che assurge a requisito di capacità economico-finanziaria o tecnica che il concorrente deve possedere per partecipare alla gara, né stabilisce uno specifico criterio di valutazione dell'offerta migliore. Nel merito, la suddetta clausola richiede un confronto con i principi comunitari sopra rappresentati, volti a tutelare il corretto svolgersi delle dinamiche concorrenziali nel mercato.

A tal proposito, preme osservare che la clausola in esame non sembra prevedere, per come formulata, automatismi nell'applicazione dell'istituto, ma una priorità tanto nell'assorbimento quanto nell'utilizzo in fase esecutiva, escludendo un obbligo assoluto di totale riassorbimento dei lavoratori del pregresso appalto, senza che si tengano in considerazione le mutate condizioni del nuovo appalto, il contesto sociale e di mercato o il contesto imprenditoriale in cui dette maestranze si inseriscono.

Secondo un'interpretazione comunitariamente conforme, in altri termini, la clausola sociale di cui trattasi, con l'utilizzo della formula "prioritariamente", appare implicitamente temperare tale obbligo a 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. Nei termini indicati, la clausola appare, pertanto, conforme ai più recenti orientamenti della giurisprudenza sulle misure atte a favorire condizioni di concorrenzialità nel mercato e coerente con una lettura costituzionalmente 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 e recente delibera Avcp n. 97/2012, 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).

Se ne ricava che - con la clausola in esame - appaiono tutelate tanto le esigenze sociali, quanto la libertà imprenditoriale degli operatori economici potenziali aggiudicatari, i quali prendono su di sé l'obbligo di prioritario assorbimento e utilizzo del personale già impiegato dal precedente affidatario per il periodo di durata dell'appalto, subordinatamente alla compatibilità con l'organizzazione d'impresa dell'appaltatore subentrante.

In conclusione, la clausola sociale rappresentata dal Comune di Asti, che richiama quale condizione di esecuzione dell'appalto l'assorbimento e utilizzo prioritari di lavoratori del precedente appalto, nelle modalità sopra indicate, può ritenersi conforme ai principi del Trattato CE, in quanto non appare discriminatoria né limitativa della libera concorrenza, e risulta compatibile con il diritto comunitario ai sensi dell'art. 69, comma 3, del D. Lgs 163/2006.

Il Dirigente Generale

Maria Luisa Chimenti