



*Autorità Nazionale Anticorruzione*  
*Presidente*

**Delibera n. 429 del 13 aprile 2016**

*Oggetto: nota prot. 136913 del 20/10/2015 e nota prot. 176307 del 18/12/2015 – Istanza di parere, ai sensi dell'art. 69, comma 3, del D.Lgs. n. 163/2006 – Protocollo d'intesa tra Aies Ance e Comune di Cava de' Tirreni – Inammissibilità del quesito – Rilevanza del quesito ad ulteriori effetti – Attività dedotte in convenzione - Partecipazione alla redazione di atti, predisposizione elenchi, verifica dei requisiti- AG 14/2016/AP*

**Clausola sociale - Atto di indirizzo – inammissibilità**

L'Autorità non può pronunciarsi ai sensi dell'art. 69, del D.lgs 163/2006, su atti di indirizzo che comportino un impegno delle Stazioni appaltanti relativo a clausole da inserire nelle future gare, senza poter disporre degli atti di gara, comprensivi di detta clausola, nonché gli altri documenti utili alla valutazione delle medesime richieste.

**Art. 69, D. lgs 163/2006**

**Condizioni di esecuzione della prestazione - Clausola sociale – Richiesta di parere preventivo - Legittimazione attiva – Operatori economici – Singoli o associati - Non sussiste**

E' da escludersi che operatori economici, singoli o associati, siano soggetti legittimati a sottoporre un quesito all'Autorità sulle condizioni particolari di esecuzione da inserire all'interno di un avviso o di un bando di gara ai sensi dell'art. 69 del Codice, che, al comma 3, indica che unico soggetto titolato a proporre istanza sulla compatibilità comunitaria di clausole sociali è "la stazione appaltante" predisponente.

**Art. 69, D.lgs 163/2006 – Art. 41 Cost.**

**Clausola sociale – Concorrenza - Criteri localistici – Eccessiva restrizione**

Risultano non conformi al diritto comunitario quelle clausole sociali che contengano al loro interno dei criteri irragionevolmente restrittivi della concorrenza, quali possono essere i criteri localistici.

**Art. 69, D.lgs 163/2006 – Art. 41 Cost.**

**Il Consiglio**

nell'adunanza del 13 aprile 2016 ;  
visto il decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163;  
visto l'appunto dell'Ufficio Precontenzioso e Affari Giuridici (UPAG)

**Considerato in fatto**



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

Con nota prot. 136913 del 20/10/2015, è pervenuta da parte di Aies- Ance Salerno (in seguito, anche Aies- Ance) anche in nome del Comune di Cava de' Tirreni un'istanza dichiaratamente ex art. 69, Codice, volta a richiedere il parere preventivo dell'Autorità in merito a una bozza di protocollo d'intesa stipulato tra Aies- Ance e Comune di Cava de' Tirreni, *“contenente tra l'altro l'impegno del Comune a rispettare, nell'ambito dell'elaborazione delle future gare per lavori pubblici, alcune clausole atte a favorire, comunque nel rispetto dei principi comunitari, a parità di condizione e senza alcun obbligo, la manodopera locale e l'imprenditoria della zona”*.

In allegato alla suddetta nota, l'Aies- Ance trasmetteva un protocollo di carattere generico nel quale, preliminarmente, si dava atto dell'interesse reciproco delle parti al contributo professionale e tecnico offerto dall'Aies Salerno per la progettazione e realizzazione di interventi ed azioni attivabili nell'ambito della programmazione territoriale, urbanistica ed energetica comunale, da manifestarsi in una delibera comunale di indirizzo in attesa di approvazione; e successivamente si conveniva, come attività oggetto di accordo, *“un'azione di informazione e di sensibilizzazione presso il Comune”, “la collaborazione al fine della predisposizione di proposte di progetto da sottoporre a finanziamento europeo e/o nazionale”, “l'assistenza e il supporto al soggetto proponente nell'attività di programmazione e progettazione”*; inoltre, l'accordo prevedeva che *“per specifiche attività tecnico professionali che si dovessero rendere necessarie, le Parti, di comune accordo, si impegnano a individuare e a nominare le professionalità ritenute idonee a cui affidare specifici incarichi, nel rispetto della normativa vigente (anche ai sensi dell'art. 125 del D.lgs 163/2006 smi ove applicabile)”*.

Alla nota contenente la bozza di siffatto protocollo generico d'intesa, così come descritto, seguiva, in data 18/12/2015 prot. 176307, un'ulteriore nota, la quale recava un allegato protocollo d'intesa tra Aies- Ance e Comune di Cava de' Tirreni nel quale si rileva che le parti considerano che *“occorre favorire (...) imprese locali, iscritte all'Albo delle imprese di fiducia del Comune di Cava de' Tirreni?”* (considerando, punto 2); che il Comune di Cava de' Tirreni, ancorché con la salvaguardia della compatibilità con il diritto comunitario, favorisce *“la possibilità per le imprese che si aggiudicheranno lavori pubblici indetti dal comune, di individuare nell'ambito dei subaffidamenti o di subappalti, comunque, regolarmente da autorizzare, imprese locali, iscritte all'Albo delle imprese di fiducia del comune”* (considerando, punto 2); che *“necessita garantire una corretta e scrupolosa istruttoria in sede di iscrizione in detto Albo, per fornire al libero mercato, fatte salve comunque le scelte discrezionali dei futuri aggiudicatari, operatori locali idonei e qualificati e comunque verificati dagli organismi competenti”* (considerando, punto 3). A tali scopi, la convenzione stabilisce che il Comune si impegna a: a favorire, nel rispetto del diritto comunitario, *“la possibilità per le imprese che si aggiudicheranno i lavori pubblici indetti dal Comune, di individuare nell'ambito dei subaffidamenti o di subappalti, comunque regolarmente da autorizzare, imprese locali, iscritte all'albo delle imprese di fiducia del Comune”* (art. 1, comma 2, punto 4); ad inserire nei Bandi e disciplinari di gara *“la possibilità e comunque non l'obbligo per le ditte concorrenti di operare, sia in ATI che con successivo ricorso a subaffidamenti o subappalti con le ditte iscritte nell'albo delle imprese di fiducia del comune”* (art. 1, comma 2, punto 7, lett. a); ad acquisire, dalle imprese partecipanti alle gare, una dichiarazione di presa visione del relativo protocollo allegato al disciplinare di gara (art. 1, comma 2, punto 7, lett. b). Il protocollo in parola prevede, inoltre, una verifica semestrale a cura di entrambe le parti, relativamente ai *“programmi amministrativi di impatto sul settore”*, nonché allo *“stato di avanzamento delle opere in corso di esecuzione”* (art. 2).

Si dispone, peraltro, che *“la Cassa edile di Salerno si impegna a prestare tutta la collaborazione necessaria” alla verifica della regolarità contributiva e alla veridicità dell'inerente dichiarazione presentata in sede di gara, rispetto a tutte le*



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

*imprese concorrenti di appalti indetti dal Comune*” (art. 3). Seguono, nel protocollo, dettagliate indicazioni sulla collaborazione tra Aies- Ance e Comune di Cava de’ Tirreni per gli affidamenti sopra soglia e sotto soglia, con impegni delle parti relativamente alle procedure e ai criteri di scelta da adottare nei bandi (art. 4 e art. 5); sulle modalità di formazione dell’albo (art. 6), nonché sullo svolgimento dei procedimenti di gara, per lo più riproducenti la disciplina del Codice, al cui rispetto il Comune è peraltro già tenuto in forza di legge. Si dispone, inoltre, che al fine della costituzione dell’Albo e della sua prevista periodica revisione, il Comune, “*con l’ausilio ove necessario dell’Ance Aies Salerno*”, provvederà a verificare in capo ai soggetti inclusi nel costituendo Albo la sussistenza dei requisiti morali di cui all’art. 38 del D.lgs 163/2006, oltre all’insussistenza delle cause interdittive di cui al d.lgs 159/2011 e del DURC (art. 6). Tutto ciò per avere un Albo degli operatori di fiducia del Comune, aggiornato e con ditte in regola, provvedendo il comune a riportare nell’Albo la data di avvenuta verifica (art. 6).

In relazione a tal proposito, l’Associazione richiedente, dichiaratamente anche in nome del Comune, sottopone il protocollo di intesa all’Autorità domandando, conseguentemente, un parere ed evidenziando che il protocollo terrebbe conto di precedenti specifici dell’Anac.

#### **Considerato in diritto**

Il quesito *ex art. 69* è inammissibile e sarà archiviato.

Si deve osservare, in primo luogo, che l’Autorità non può pronunciarsi ai sensi dell’art. 69, del D.lgs 163/2006, su atti di indirizzo che comportino un impegno delle Stazioni appaltanti relativo a clausole da inserire nelle future gare, senza poter disporre degli atti di gara, comprensivi di detta clausola, nonché gli altri documenti utili alla valutazione delle medesime richieste.

Si deve osservare, *incidenter tantum*, che Aies- Ance Salerno non appare soggetto legittimato a sottoporre un quesito all’Autorità sulle condizioni particolari di esecuzione *ex art. 69*, Codice. Siffatta disposizione, al comma 3, indica chiaramente che unico soggetto titolato a proporre istanza sulla compatibilità comunitaria di clausole sociali è “*la stazione appaltante*” predisponente. E’, dunque, da escludersi che altri soggetti, in modo particolare operatori economici, singoli o associati, siano legittimati a proporre istanza *ex art. 69*, sulle modalità di formazione o sui contenuti di un bando di gara.

A tal proposito, si osserva soltanto che il costante orientamento dell’Autorità afferma che risultano non conformi al diritto comunitario quelle clausole sociali che contengano al loro interno dei criteri irragionevolmente restrittivi della concorrenza, quali possono essere i criteri localistici. Tali criteri nella selezione delle imprese si pongono, infatti, in contrasto con i principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza. In particolare, è stato affermato che la prioritaria assunzione di soggetti disoccupati residenti in un determinato territorio appare compatibile soltanto nella misura in cui sia estromesso il vincolo della residenza locale (Parere sulla normativa, AG 44/13). Si rappresenta che nel Massimario, presente sul sito istituzionale, sono disponibili per la consultazione le risposte che l’Autorità ha reso in materia alle amministrazioni aggiudicatrici, ai sensi del citato art. 69 del Codice, nell’ambito del quale è prevista una facoltà della stazione appaltante di domandare il parere dell’Autorità sulla compatibilità delle clausole sociali con il diritto comunitario. Tali pareri possono



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

valere quali utili precedenti, per orientare le amministrazioni con riguardo alla particolare criticità che si evidenziano negli atti proposti.

A titolo di collaborazione, si forniscono inoltre alcune indicazioni di merito relativamente al protocollo d'intesa depositato. Si deve osservare, infatti, che – per quanto sopra illustrato - il Protocollo in questione solleva motivi di perplessità.

Sembra, infatti, che il protocollo tra Aies- Ance e Comune di Cava de' Tirreni intervenga, in misura sostanziale, con atto convenzionale di natura privata, a sottoporre procedimenti pubblicitici di formazione e redazione di atti di gara, nonché *lato sensu* di procedimenti programmatori e progettuali dell'ente locale, nonché di formazione e gestione degli albi ed elenchi e di verifica dei requisiti delle imprese iscritte, nonché di valutazione dei sub- appalti e sub- affidamenti, anch'essi subordinati a una clausola preferenziale di territorialità.

In tal senso, pur riconoscendo apprezzabile l'attenzione dedicata al rispetto dei principi comunitari (*“per quanto possibile e compatibile con il diritto comunitario”* oppure *“fatte salve le scelte discrezionali dei futuri aggiudicatari”* oppure *“nel rispetto della normativa vigente”*), paiono in contrasto con il diritto comunitario tutte le clausole con cui l'amministrazione si impegna a programmare incontri periodici con gli operatori economici e i loro rappresentanti per valutare i programmi amministrativi di impatto sul settore e lo stato di avanzamento delle opere oppure a individuare e a nominare le professionalità ritenute idonee a cui affidare specifici incarichi.

Non può essere trascurato, inoltre, un rischio di conflitto di interessi insito nella costituenda convenzione. L'individuazione dei soggetti affidatari è funzione riservata in via esclusiva all'amministrazione e non può essere oggetto di concertazione con gli operatori economici o loro rappresentanti istituzionali. Come si evince dall'art. 90, comma 8, Codice, la regola secondo cui il progettista che abbia partecipato ad una fase di progettazione non può partecipare alle fasi di progettazione successive, in quanto si troverebbe in una posizione di vantaggio a detrimento degli altri potenziali concorrenti è una declinazione che discende dal principio di concorrenza di cui all'art. 2, comma 1, Codice (cfr sul punto, Deliberazione 30 maggio 2012, n. 58).

Peraltro appare principio generale immanente all'ordinamento che l'amministrazione è l'unica titolata alla progettazione preliminare e, salvo eccezioni tipizzate e nominalmente previste, non può ammettersi che a questa fase prendano parte gli operatori economici. Ancorché la normativa più recente sia andata incontro a una modifica dell'articolo menzionato, nel senso di invertire l'onere della prova nel caso della partecipazione del progettista agli appalti per i quali abbia svolto incarichi di progettazione (l. 30 ottobre 2014 n. 161, recante *“Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea – Legge europea 2013-bis”*), rimane comunque innegabile che il conflitto di interessi si configuri quale violazione del principio di libera concorrenza. Il rispetto di tale principio e di quello di parità di trattamento presuppone e al contempo implica, infatti, che operatori economici privati, singoli o associati, in quanto potenziali concorrenti non partecipino in alcun modo alla redazione dei bandi che riguardano le gare future, alla formazione degli elenchi di fiduciari dell'amministrazione oppure alla predeterminazione dei programmi di impatto sul settore.



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

Con riguardo alla formazione di elenchi o albi di fiducia, preme ricordare che la normativa vigente pone limiti ove afferma che “è vietata, per l'affidamento di lavori pubblici, l'utilizzazione degli elenchi predisposti dai soggetti di cui all'art. 32, salvo quanto disposto per la procedura ristretta semplificata e per gli affidamenti in economia” (art. 40, comma 5, D.lgs 163/2006). Il diritto dei contratti pubblici, infatti, “non ammette la formazione di albi o elenchi dei fornitori e, con particolare riguardo ai lavori pubblici, prevede un sistema in cui le imprese possono liberamente avere accesso alle gare, previa dimostrazione dei requisiti di moralità, capacità tecnica, economica e finanziaria” (T.A.R. Puglia Lecce Sez. II, 20-04-2006, n. 1981).

Occorre altresì chiarire che l'elemento fiduciario deve essere correttamente inteso e non può riconoscersi nella discrezionalità delle stazioni appaltanti, svincolata da limiti nelle modalità di formazione degli stessi. A tal proposito, con riguardo alle procedure negoziate senza previa pubblicazione del bando di gara nei contratti di importo inferiore alla soglia comunitaria, con particolare riferimento all'ipotesi di cui all'articolo 122, comma 7-bis del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 l'Autorità ha ammesso la predisposizione di siffatti elenchi specificando che essi devono presentare caratteristiche tali, da renderli compatibili con la normativa nazionale e comunitaria. Si rinvia, pertanto, alla Determinazione 6 aprile 2011, n. 2, sottolineando in particolare che, per essere compatibili con la normativa nazionale e comunitaria, gli elenchi in commento devono essere aperti al mercato. A tal fine essi richiedono di essere costituiti mediante bando pubblico, in quanto tale modalità si presenta come una forma di “indagine di mercato”, cumulativa per più affidamenti.

Alla luce di quanto espresso, posta la perdurante inammissibilità del quesito ex art. 69, per la tipologia del protocollo oggetto alla domanda, l'Autorità rimette il presente parere in esercizio del proprio potere consultivo, al fine di manifestare elementi di perplessità nella parte in cui il protocollo d'intesa sembra proporre criteri di preferenza su base localistica per la selezione delle imprese affidatarie o sub-affidatarie; nella parte in cui gli operatori economici associati intendono contribuire alla formazione e alla gestione di albi fiduciari; e nella parte in cui non sono chiarite le modalità di formazione e composizione degli albi medesimi.

Tutto ciò premesso e considerato,

### **IL CONSIGLIO** ritiene che

l'Autorità non può pronunciarsi ai sensi dell'art. 69, del D.lgs 163/2006, su atti di indirizzo che comportino un impegno delle Stazioni appaltanti relativo a clausole da inserire nelle future gare, senza poter disporre degli atti di gara, comprensivi di detta clausola, nonché gli altri documenti utili alla valutazione delle medesime richieste;

è da escludersi che operatori economici, singoli o associati, siano soggetti legittimati a sottoporre un quesito all'Autorità sulle condizioni particolari di esecuzione da inserire all'interno di un avviso o di un bando di gara ai sensi dell'art. 69 del Codice, che, al comma 3, indica che unico soggetto titolato a proporre istanza sulla compatibilità comunitaria di clausole sociali è “la stazione appaltante” predisponente;



*Autorità Nazionale Anticorruzione*  
*Presidente*

risultano non conformi al diritto comunitario quelle clausole sociali che contengano al loro interno dei criteri irragionevolmente restrittivi della concorrenza, quali possono essere i criteri localistici.

*Raffaele Cantone*

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 21 aprile 2016  
Il Segretario, Maria Esposito

Documento formato pdf (127 Kb)