



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

*Il Presidente*

### **Comune di Pavia**

**AG 54/15/AP**

**15 luglio 2015**

*Oggetto: Istanza di parere, ai sensi dell'art. 69, comma 3, del D.Lgs. n. 163/2006 – Comune di Pavia – Bando di gara per l'affidamento del servizio di manutenzione ordinaria del patrimonio a verde del Comune di Pavia – Procedura aperta – Suddivisione in cinque lotti - Clausola sociale di imponibile di manodopera – Persone svantaggiate segnalate dal Settore servizi sociali ed abitativi - Valutazione di compatibilità con il diritto comunitario – Accoglimento*

Con riguardo alla nota pervenuta in data 18 giugno 2015, prot. 77689, si comunica che il Consiglio, nell'adunanza del 15 luglio 2015, ha approvato le seguenti considerazioni.

Il Comune di Pavia ha sottoposto all'attenzione di questa Autorità una istanza di parere ai sensi dell'art. 69, comma 3, del D.Lgs. n. 163/2006, rappresentando di voler inserire nel Bando relativo all'affidamento del servizio di manutenzione ordinaria del patrimonio a verde del Comune di Pavia una clausola sociale ex art. 69 comma 3 del Codice. La richiesta è corredata del testo del Bando di gara, Capitolato speciale e Disciplinare di gara.

Si rammenta, in via preliminare, che l'art. 69 del Codice dei contratti pubblici rimette a questa Autorità la competenza in merito a un parere facoltativo circa la compatibilità delle clausole sociali nei Bandi di gara. La norma prevede espressamente che debba trattarsi di condizioni di esecuzione, con ciò chiarendo che si tratta di condizioni che producono effetti nella fase esecutiva dell'appalto. L'Autorità ha chiarito che, *a contrario*, tale formulazione dispone che le stesse non debbano avere incidenza sulla fase di gara: ciò, in particolare, riguarda il divieto 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



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

*Il Presidente*

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 sottopone all'Autorità una clausola particolarmente articolata che prevede l'obbligo di procedere all'inserimento lavorativo di persone svantaggiate come definite dall'art. 4, comma 1, della l. 381/1991 e smi e dalle vigenti norme comunitarie in materia, segnalate dai servizi sociali ed abitativi. La suddetta clausola è corredata da una molto approfondita disciplina sul procedimento di inserimento lavorativo da parte dell'impresa, che ha riguardo alla fase di selezione, alla elaborazione di un progetto individualizzato per il soggetto in inserimento, alle modalità di formazione e di successiva e conseguente verifica dell'andamento del progetto, anche in accordo con l'amministrazione comunale, nonché alle conseguenze giuridiche in caso di inadempimento degli obblighi della clausola.

La proposta clausola è contenuta nella bozza di Bando, in apposito e separato paragrafo, incluso nella sezione III 1.4), e rubricato “*Altre condizioni particolari?*”, nonché nel Capitolato speciale di appalto, con disciplina più esaustiva, esplicita e ben evidenziata all'art. 7, rubricato “*Clausola sociale?*”.

Si evidenzia, in primo luogo, che la clausola sociale correttamente non introduce una prescrizione che assurge a requisito di capacità economico- finanziaria o tecnico- organizzativa che il concorrente deve possedere per poter essere ammesso alla gara.

Appare utile evidenziare, in secondo luogo, che il costante indirizzo interpretativo dell'Autorità sui contratti pubblici 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 Bando di gara anche nel Capitolato tecnico e nel Disciplinare di gara; b) dare alla clausola adeguata e autonoma evidenza, 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.

Sotto un profilo di merito, la richiesta comporta un confronto con i principi comunitari, volti a presidio del corretto svolgersi delle dinamiche concorrenziali nel mercato.

Preme richiamare che la clausola prevede che, nella fase di reclutamento del personale per lo svolgimento della prestazione, l'impresa aggiudicataria debba assorbire persone svantaggiate come definite dall'art. 4, comma 1, della l. 8 novembre 1991, n. 381, recante “*Disciplina delle cooperative sociali?*”. A tal riguardo, l'Autorità riconosce 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 applica, per l'individuazione dei soggetti svantaggiati, i criteri della l. 381/1991 recante “*Disciplina delle cooperative sociali?*” e comprende



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

*Il Presidente*

invalidi fisici, psichici e sensoriali, gli ex degenti di istituti psichiatrici, i soggetti in trattamento psichiatrico, i tossicodipendenti, gli alcolisti, i minori in età lavorativa in situazioni di difficoltà familiare, i condannati ammessi alle misure alternative alla detenzione previste dagli articoli 47, 47-bis, 47-ter e 48 della legge 26 luglio 1975, n. 354: è agevole riconoscere che i soggetti contemplati dalla l. sulle cooperative sociali siano *ex se* inclusi nelle categorie del Regolamento comunitario.

Peraltro, prudentemente la clausola sociale riferisce dell'inserimento lavorativo, senza nulla prevedere riguardo all'obbligo di assunzione di personale. L'orientamento costante dell'Autorità afferma, infatti, che l'obbligo di assunzione 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 del servizio (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 assorbimento di personale, senza adeguata considerazione delle condizioni dell'appalto, del contesto sociale e di mercato o del contesto imprenditoriale in cui dette maestranze si inseriscono.

La formulazione adottata quindi appare conforme agli orientamenti 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.

In conclusione, la condizione di esecuzione sottoposta all'esame di questa Autorità è compatibile con il diritto comunitario e con i principi di parità di trattamento, non discriminazione e proporzionalità.

Sotto il profilo degli oneri formali di pubblicità, il Comune di Pavia è invitato a inserire la clausola in tutti gli atti di gara, in particolare nello schema di contratto. Sotto il profilo sostanziale, la clausola è da ritenersi compatibile con il diritto comunitario.

*Raffaele Cantone*