

Parere sulla Normativa del 30/04/2014 - rif. AG 19/14

Al Comune di Andria
AG 19/14

Oggetto: Istanza di parere, ai sensi dell'art. 69, comma 3, del D.Lgs. n. 163/2006 - Comune di Andria - Bando di gara per l'affidamento dei servizi di gestione dello sportello Informagiovani - Clausola sociale di imponibile di manodopera - Compatibilità con il diritto comunitario.

Con nota pervenuta in data 26 febbraio 2014, prot. 27048, il Comune di Andria ha sottoposto all'attenzione di questa Autorità una istanza di parere ai sensi dell'art. 69, comma 3, del D.Lgs. n. 163/2006 (d'ora in poi Codice), rappresentando di essere in procinto di esperire una procedura di gara da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'affidamento dei servizi di gestione dello sportello Informagiovani (IG), di durata di mesi 24 per un importo complessivo stimato di € 113.071,20 oltre a oneri di legge.

Il richiedente afferma di aver predisposto bando, disciplinare e capitolato speciale di appalto con Determina Dirigenziale del 31.12.2013, ma di nutrire perplessità intorno alla legittimità della clausola sociale, la quale nella formulazione attualmente approvata prevede il seguente testo:

"L'operatore economico deve garantire - giusta art. 37 del CCNL delle Cooperative sociali 2010/2012 UCI assunto come CCNL di riferimento per attività quali centri di informazioni e/o di orientamento, centri di aggregazione giovanile, servizi di animazione territoriale - l'assunzione del personale attualmente occupato nel servizio IG per continuare a svolgerli, a prestazioni e livelli di inquadramento invariati, gli attuali compiti di operatore di front e back office". La stazione appaltante chiarisce, nella nota di accompagnamento, che le ditte partecipanti dovrebbero assumere formale impegno, in caso di aggiudicazione, di assumere, per il periodo di durata dell'appalto, i dipendenti della precedente ditta affidataria, dedicati alle attività suddette, precisando che - nella fattispecie - si tratta di soggetti appartenenti alle categorie previste dall'art. 4 della l. 8 novembre 1991, n. 381, recante la disciplina delle cooperative sociali in quanto lavoratori disabili.

Scopo dichiarato dell'amministrazione istante, come esplicitato dalla medesima nota di accompagnamento, è quello di: a) promuovere e valorizzare le esigenze sociali, sub specie di tutela dei livelli occupazionali; b) perseguire l'integrazione sociale di soggetti appartenenti alle fasce deboli dei cittadini, favorendo l'occupazione nell'attività lavorativa di soggetti svantaggiati così come individuate nella l. 381/1991, mirando alla conservazione del loro stato occupazionale.

All'uopo, sottolinea l'amministrazione richiedente che nei criteri di valutazione dell'offerta tecnica è previsto un particolare punteggio riferito al curriculum esperienziale acquisito nel triennio per i servizi di Informagiovani, nonché riferito al team delle figure professionali dei quattro operatori di front e back office richiesti, "con la conseguenza che si pone il problema della valutazione del curriculum dei dipendenti della gestione uscente alla luce dell'obbligo previsto dal bando di assunzione e che il capitolato richiede quale esperienza necessaria per gli operatori di front office e back office una esperienza almeno decennale in uffici informagiovani".

Il Comune di Andria rimette all'Autorità, a corredo della propria istanza, tutti i documenti necessari alla valutazione documenti quali il bando di gara, il disciplinare, il capitolato speciale di appalto, nonché la determina a contrarre DD 31.12.2013, n. 4606, domandando se la suddetta clausola possa ritenersi coerente con i principi di concorrenza, proporzionalità, parità di trattamento e non discriminazione; e, nel caso in cui la prima formulazione non dovesse essere ritenuta conforme, si premura di sottoporre in subordine una clausola alternativa a quella prevista dall'attuale bando avente il seguente contenuto: "L'appaltatore, qualora abbia l'esigenza di disporre di ulteriori risorse umane rispetto a quelle già presenti nella sua organizzazione per lo svolgimento delle attività rientranti fra quelle oggetto dell'appalto per i servizi di front e back office relative alla gestione del servizio informagiovani, si impegna, in via prioritaria, all'assunzione delle maestranze che operano alle dipendenze dell'appaltatore uscente (2 operatori di front office, di cui 1 coordinatore attività di base e 2 operatori di back office), dallo stesso individuate come idonee, qualora ciò sia coerente con la propria organizzazione di impresa". Nel caso di approvazione della seconda clausola da parte dell'Autorità, l'amministrazione istante precisa che non sarà prevista nella offerta tecnica la valutazione del curriculum esperienziale degli addetti al front office e back office, né la richiesta di una pregressa esperienza decennale.

In merito alla predetta istanza il Consiglio dell'Autorità nell'Adunanza del 9 -10 aprile 2014 ha assunto le seguenti determinazioni.

Si rammenta, in via preliminare, 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, in particolare, 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 attenersi, in particolare, a esigenze sociali 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.

Le norme comunitarie e la disciplina di recepimento prevedono, dunque, espressamente che debba trattarsi di condizioni di esecuzione, con ciò chiarendo, esplicitamente, che si tratta di condizioni che producono effetti nella fase esecutiva dell'appalto e, implicitamente, che le stesse non devono avere incidenza sulla fase di gara: ciò, in particolare, riguarda la impossibilità 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 segnala, infine, che in diretta applicazione dell'art. 69, comma 4, del Codice dei contratti pubblici, appare 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.

Con specifico riguardo alle particolari condizioni di esecuzione in concreto richieste nella prima clausola, si evidenzia che l'Amministrazione procedente ha previsto una clausola ispirata alla promozione e alla valorizzazione di esigenze sociali, nella forma dell'assorbimento del personale proveniente dal precedente appalto (cd imponibile di manodopera). La predisposta clausola prevede la seguente formulazione:

"L'operatore economico deve garantire - giusta art. 37 del CCNL delle Cooperative sociali 2010/2012 UCI assunto come CCNL di riferimento per attività quali centri di informazioni e/o di orientamento, centri di aggregazione giovanile, servizi di animazione territoriale - l'assunzione del personale attualmente occupato nel servizio IG per continuare a svolgerli, a prestazioni e livelli di inquadramento invariati, gli attuali compiti di operatore di front e back office".

Collocazione della clausola. A quanto consta, la proposta clausola è collocata all'interno del Capitolato speciale di appalto, all'art. 13.4, mentre manca di ogni riferimento ad essa nel Bando di gara e negli altri atti. Appare utile sottolineare che il costante indirizzo interpretativo di questa Autorità ha affermato che, per onorare gli obblighi pubblicitari richiesti dalla norma, la stazione appaltante è tenuta ad includere la clausola sociale nel Capitolato speciale, ma anche nel Bando di gara e nel Disciplinare di gara, almeno in forma di richiamo.

Evidenza della clausola. Appare, tuttavia, più urgente nel caso di specie sottolineare, inoltre, che a tale clausola deve essere data adeguata e autonoma evidenza. In tal senso, nella fattispecie in esame, la clausola deve essere espunta dall'articolo 13.4 del Capitolato in cui è attualmente inserita e trasposta in un punto specifico dell'articolo, espressamente rubricato "clausola sociale" o espressione equivalente. Inoltre, una clausola di identico tenore deve essere opportunamente riportata nello Schema di contratto. Infatti, giacché tali clausole implicano elementi di parziale deroga alla disciplina della concorrenza, ragioni di opportunità sostanziale impongono una formulazione evidente, espressa e facilmente individuabile della stessa, tale che essa si possa identificare, con apposita evidenza in tutti gli atti di gara. Sembra opportuno, dunque, rammentare alla Stazione appaltante che analoga attenzione deve essere prestata affinché gli operatori economici concorrenti dichiarino in sede di offerta di accettare le condizioni particolari di esecuzione.

Valutazione delle caratteristiche intrinseche della clausola. Si riscontra, inoltre, che la clausola sociale in esame 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 non introduce, infatti, una prescrizione che assurge a requisito di capacità economico-finanziaria o tecnico- organizzativa che il concorrente deve possedere per poter essere ammesso alla gara. Il disciplinare, tuttavia, stabilisce uno specifico criterio di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, attribuendo una parte del punteggio all'offerente in relazione alla esperienza e ai servizi espletati nell'ultimo triennio, che siano attinenti o compatibili con i servizi e le attività che si intendono attivare nello sportello IG. A tal riguardo, fermo restando che la determinazione dei criteri di valutazione scelti e dei rispettivi punteggi rientra nella competenza della stazione appaltante, l'Autorità ritiene che i punteggi attribuiti, che richiamano i requisiti richiesti dalla clausola sociale, siano adeguati e proporzionati, dunque compatibili con la proposta clausola.

Compatibilità con i principi comunitari. Nel merito, la suddetta clausola richiede un separato confronto con i principi comunitari, posti a presidio del corretto svolgersi delle dinamiche concorrenziali nel mercato. Preme osservare, preliminarmente, che la clausola recepisce l'art. 37 del CCNL Cooperative sociali 2010-2012, il quale in tal modo entra a far parte del contratto di appalto e, in tale veste, viene sottoposto alla valutazione dell'Autorità per gli aspetti di compatibilità con la disciplina concorrenziale dei contratti pubblici.

La clausola impone all'aggiudicatario l'obbligo di garantire l'assunzione del personale attualmente occupato nel servizio IG per continuare a svolgersi, a prestazioni e livelli di inquadramento invariati.

Essa detta, in altri termini, un obbligo di assunzione del personale. Si osserva che questa condizione assume le sembianze della clausola sociale c.d. di imponibile di manodopera, che determina il riassorbimento del personale dal precedente affidatario del servizio. L'Autorità ha consolidato un proprio orientamento sul punto, a tenore del quale l'obbligo di reperimento dei lavoratori dal precedente affidatario 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 previste (ex multis, Parere AG 44/2013). La clausola sociale, infatti, non può alterare o forzare la valutazione dell'aggiudicatario in ordine al dimensionamento e all'organizzazione dell'impresa e, in tal senso, non può imporre un obbligo di integrale riassorbimento dei lavoratori del pregresso appalto, senza adeguata considerazione delle mutate condizioni del nuovo appalto, del contesto sociale e di mercato o del contesto imprenditoriale in cui dette maestranze si inseriscono.

La condizione in parola appare in tal senso configgente con detto orientamento: essa afferma un obbligo di assunzione del personale attualmente occupato, che prevede automatismi nell'applicazione dell'istituto e, in più, individua le specifiche figure professionali oggetto del suddetto obbligo. Nei termini indicati, tale formulazione appare, pertanto, non conforme agli orientamenti della giurisprudenza 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. 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, Parere Avcp AG 41/2012 e delibera Avcp n. 97/2012, in 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).

Valutazione di compatibilità della formulazione alternativa della clausola sociale. La stazione appaltante sottopone, altresì, all'esame in via subordinata di questa Autorità una clausola alternativa, nel caso in cui l'Autorità dovesse optare per la non compatibilità con il diritto comunitario della prima opzione. La seconda formulazione, da applicare con una correlata modifica di altre disposizioni della lex specialis (nella specie, espunzione di alcune voci di punteggio per l'offerta tecnica), si presenta del seguente tenore:

"L'appaltatore, qualora abbia l'esigenza di disporre di ulteriori risorse umane rispetto a quelle già presenti nella sua organizzazione per lo svolgimento delle attività rientranti fra quelle oggetto dell'appalto per i servizi di front e back office relative alla gestione del servizio informagiovani, si impegna, in via prioritaria, all'assunzione delle maestranze che operano alle dipendenze dell'appaltatore uscente (2 operatori di front office, di cui 1 coordinatore attività di base e 2 operatori di back office), dallo stesso individuate come idonee, qualora ciò sia coerente con la propria organizzazione di impresa".

Ferme restando tutte le osservazioni precedentemente svolte con riguardo alla collocazione della clausola, all'autonomia evidenza, ai limiti intrinseci che la clausola deve rispettare, si esprime una valutazione favorevole di compatibilità della seconda clausola con i principi del diritto comunitario. Occorre osservare che la formulazione proposta in alternativa appare più chiaramente limitata ad una sola parte del personale assunto, in particolare a quei soggetti che già svolgono attività di front e back office. Essa risponde ai criteri sopra indicati ed è pertanto conforme all'orientamento costantemente espresso da questa Autorità. Essa afferma correttamente una mera priorità nell'assorbimento con tre chiare formule: "qualora abbia l'esigenza di disporre di ulteriori risorse umane rispetto a quelle già presenti nella sua organizzazione", "si impegna, in via prioritaria", "qualora ciò sia coerente con la propria organizzazione di impresa". Pertanto, la clausola alternativa non prevede, per come formulata, automatismi nell'assunzione e contempera espressamente l'obbligo di assunzione con la 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. La formulazione in esame, inoltre, non impone una determinata forma contrattuale, rimettendo tale scelta alla discrezionalità dell'aggiudicatario e si limita ad affermare un mero diritto di precedenza di alcuni lavoratori del precedente affidatario. Peraltro, in considerazione delle finalità dichiarate nella nota di accompagnamento (peraltro non esplicitate nella clausola), di voler favorire la conservazione del posto di lavoro dei soggetti appartenenti alle fasce deboli individuate dalla l. 381/1991, e già utilmente occupati nei gli specifici posti indicati dalla clausola, con i sopra menzionati accorgimenti, appare consentito che la clausola contempli una specificazione di tal genere.

In conclusione, la prima condizione di esecuzione sottoposta all'esame di questa Autorità ex art. 69 non è compatibile, nella formulazione rappresentata con il diritto comunitario e con i principi di parità di trattamento, non discriminazione e proporzionalità. La formulazione della clausola di imponibile di manodopera è, invece, da ritenersi compatibile con i suddetti principi così come sottoposta a questa Autorità nella seconda opzione.

Il Direttore generale
Lorenza Ponzone