



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

*Il Presidente*

### **Fondazione Policlinico Tor Vergata**

18/02/2015

**AG 06/15/AP**

**Oggetto:** *Istanza di parere, ai sensi dell'art. 69, comma 3, del D.Lgs. n. 163/2006 – Policlinico Tor Vergata – Bando di gara per l'affidamento del servizio di trasporto infermi - Clausola sociale di imponente di manodopera – Valutazione di compatibilità con il diritto comunitario – Accoglimento de*

Con riguardo alla nota pervenuta in data 09 gennaio 2015, prot. 1198, si comunica che il Consiglio, nell'adunanza del 18 febbraio u.s., ha approvato le seguenti considerazioni.

La Fondazione Policlinico Tor Vergata (in seguito, PTV) 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), reiterando un'incompleta richiesta risalente al 03 ottobre 2014, rappresentando di essere in procinto di esperire una procedura aperta di gara da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'art. 55 del Codice, per l'affidamento del servizio di trasporto infermi per le necessità della Fondazione PTV, Policlinico Tor Vergata.

La richiesta appare fornita di un testo base del bando di gara, nonché del Disciplinare, con allegati documenti tecnici tra cui il capitolato.

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'onere. 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



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

*Il Presidente*

che producono effetti nella fase esecutiva dell'appalto. L'Autorità ha chiarito che, implicitamente, tale formulazione dispone che le stesse non debbano 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 sottolinea, 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.

Nel caso di specie, la stazione sottopone all'Autorità una clausola che prevede la seguente formulazione: "*L'aggiudicatario, qualora abbia l'esigenza di disporre di ulteriori risorse umane rispetto a quelle già presenti nella propria organizzazione per lo svolgimento delle attività rientranti fra quelle oggetto dell'appalto, si impegna, in via prioritaria, qualora ciò sia coerente con la propria organizzazione di impresa, ad assumere personale già occupato con contratto di tipo flessibile nel PTV che abbia maturato una esperienza lavorativa pluriennale in ambito ospedaliero nelle medesime attività*": tale clausola è contenuta nella bozza di Capitolato tecnico, all'art. 6 rubricato "*obblighi dell'appaltatore relativamente al personale e clausola sociale*". Il richiamato articolo detta, preliminarmente, prescrizioni sugli obblighi e le responsabilità del personale dell'operatore aggiudicatario.

Sotto un profilo di forma, la proposta clausola è collocata all'interno del solo Capitolato tecnico.

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



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

*Il Presidente*

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 Capitolato tecnico anche nel Bando di gara 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 il 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 prioritariamente il personale del precedente appaltatore, coerentemente con le esigenze della propria organizzazione di impresa. Tale clausola sociale, assimilabile a quella cd di imponibile di manodopera, intende operare una sorta di stabilizzazione del personale assunto con contratto flessibile. L'Autorità ha un consolidato orientamento sul punto, a tenore del quale l'obbligo di assunzione di personale 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 dell'impresa e, in tal senso, non può imporre un obbligo di integrale riassorbimento dei lavoratori del pregresso appalto, senza adeguata considerazione delle condizioni dell'appalto, del contesto sociale e di mercato o del contesto imprenditoriale in cui dette maestranze si inseriscono. La condizione in parola appare coerente con detto orientamento; essa non prevede automatismi nell'applicazione dell'istituto 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 adottata è pertanto conforme agli orientamenti della giurisprudenza sulle misure atte a favorire condizioni di concorrenzialità nel mercato e coerente con una lettura comunitariamente



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

*Il Presidente*

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 conclusione, le condizioni di esecuzione sottoposte all'esame ex art. 69 sono compatibili, con il diritto comunitario e con i principi di parità di trattamento, non discriminazione e proporzionalità. Sotto il profilo degli oneri formali di pubblicità, la Fondazione PTV è invitata a formulare la clausola in modo evidente e autonomo, in un separato articolo tale che risalti con evidenza la condizione particolare autorizzata con il presente parere, nonché a specificare la clausola in tutti gli atti di gara e nello schema di contratto. Sotto il profilo sostanziale, la clausola è da ritenersi compatibile.

Il Presidente f.f.  
Francesco Merloni