

7 maggio 2009

Oggetto: Istanza di parere ai sensi dell'art. 69, comma 3, del D.Lgs. 163/2006

In esito a quanto richiesto con nota 59526 in data 10.2.09 e nota pervenuta il 23 aprile 2009 prot. n. 24909/09, si comunica che il Consiglio dell'Autorità nell'adunanza del 6-7 maggio 2009 ha approvato le seguenti considerazioni.

Si richiama in via preliminare l'art. 69 del Codice dei contratti pubblici - dettato in recepimento dell'art. 26 della direttiva 2004/18/CE e dell'art. 38 della Direttiva 2004/17/CE (del medesimo tenore) - ai sensi del quale "1. Le stazioni appaltanti possono esigere condizioni particolari per l'esecuzione del contratto, purché 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'onere. 2. Dette condizioni possono attenersi, in particolare, a esigenze sociali o ambientali. 3. La stazione appaltante che prevede tali condizioni particolari può comunicarle all'Autorità, che si pronuncia entro trenta giorni sulla compatibilità con il diritto comunitario. Decorso tale termine, il bando può essere pubblicato e gli inviti possono essere spediti. 4. In sede di offerta gli operatori economici dichiarano di accettare le condizioni particolari, per l'ipotesi in cui risulteranno aggiudicatari". La disposizione de qua consente, dunque, alle stazioni appaltanti di prevedere particolari condizioni per l'esecuzione del contratto, opportunamente indicate nel bando di gara, nella lettera d'invito o nel capitolato d'onere e purché compatibili con il diritto comunitario ed in particolare con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità. Al riguardo, il 33° considerando della direttiva 2004/18/CE precisa che tale compatibilità si configura "a condizione che [tali clausole] non siano, direttamente o indirettamente, discriminatorie e siano indicate nel bando di gara o nel capitolato d'onere".

Le stazioni appaltanti devono quindi effettuare un'attenta valutazione della conformità delle condizioni particolari di esecuzione ai principi del Trattato UE, concernenti la libera circolazione delle merci e la libera prestazione dei servizi di cui agli articoli 28-30 e 43-55, con lo scopo di evitare discriminazioni, dirette o indirette, nei confronti di offerenti degli altri Stati membri.

E proprio al fine di valutare tale compatibilità l'art. 69, comma 3, del Codice ha previsto la possibilità 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 tali clausole 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.Stato, parere sul Codice n. 355/2006).

Le "particolari condizioni" alle quali le norme in commento si riferiscono, attengono in particolare ad esigenze sociali o ambientali, come chiarito dal 33° considerando della Direttiva unificata: "... esse 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".

Ci si riferisce dunque a clausole attinenti ad esigenze sociali - sebbene la norma non escluda che possano riguardare anche altre "esigenze" perseguite dall'amministrazione - con la previsione, ad esempio, di misure di tutela a favore di alcune categorie di persone con particolari difficoltà di inserimento nel mondo del lavoro (persone svantaggiate o lavoratori invalidi, o a sostegno dell'occupazione) e ad esigenze ambientali, con la previsione, ad esempio, di particolari modalità di recupero, riciclaggio o riutilizzo dei materiali e dei prodotti utilizzati dall'appaltatore.

Le norme comunitarie e la disciplina di recepimento prevedono espressamente che deve trattarsi di condizioni di esecuzione, con ciò chiarendo che le stesse non possono costituire elementi dell'offerta.

Nel caso di specie, come evidenziato in premessa, lo schema di capitolato d'appalto prevede tra gli elementi di valutazione dell'offerta tecnica, l'indicazione del numero di "persone svantaggiate" di cui alla legge n. 381/1991 n. 381 e di cui alla legge regionale Veneto n. 23/2006 coinvolte nel servizio. Previsione che figura anche tra le condizioni di esecuzione del contratto.

Con tali prescrizioni l'Amministrazione istante intende coinvolgere nell'esecuzione dell'appalto, al fine di favorirne l'occupazione, soggetti rientranti nelle seguenti categorie.

Ai sensi dell'art. 4, comma 1, della legge n. 381/1991 e s.m. (disciplina delle cooperative sociali) si intendono per "persone svantaggiate" gli "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 (...); l'art. 5, comma 4 della stessa legge (come sostituito dall'art. 20 della legge n. 52/1996) contempla la possibilità di prevedere nei bandi di gara "fra le condizioni di esecuzione, l'obbligo di eseguire il contratto con l'impiego delle persone svantaggiate di cui all'art. 4, comma 1, e con l'adozione di specifici programmi di recupero e inserimento lavorativo".

La legge regionale Veneto n. 23 del 03/11/2006, anch'essa in materia di "promozione e lo sviluppo della cooperazione sociale", richiama per le finalità perseguite (promozione umana e integrazione sociale mediante cooperazione sociale), i soggetti di cui al citato art. 4, comma 1, legge n. 381/1991, nonché i soggetti di cui alla l.n. 238/2000 ed al regolamento CE del 5 dicembre 2004 n. 2204.

La legge 8 novembre 2000 n. 238 (legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali) che attiene alla promozione di interventi finalizzati a "garantire la qualità della vita, pari opportunità, non discriminazione e diritti di cittadinanza", si riferisce a soggetti in condizioni di disabilità, di bisogno e di disagio individuale e familiare, derivanti da inadeguatezza di reddito, difficoltà sociali e condizioni di non autonomia. L'art. 2 individua i soggetti che hanno diritto alle prestazioni ed ai servizi rientranti in tali programmi, con coloro che versano "in condizioni di povertà o con limitato reddito o con incapacità totale o parziale di provvedere alle proprie esigenze per inabilità di ordine fisico e psichico, con difficoltà di inserimento nella vita sociale attiva e nel mercato del lavoro, nonché i soggetti sottoposti a provvedimenti dell'autorità giudiziaria che rendono necessari interventi assistenziali, accedono prioritariamente ai servizi e alle prestazioni erogati dal sistema integrato di interventi e servizi sociali".

Infine, il regolamento CE del 5 dicembre 2004 n. 2204, relativo all'applicazione degli articoli 87 e 88 del Trattato CE agli aiuti di Stato a favore dell'occupazione, individua i "lavoratori svantaggiati" con "qualsiasi persona appartenente ad una categoria che abbia difficoltà ad entrare, senza assistenza, nel mercato nel lavoro" e che soddisfi almeno uno dei criteri ivi indicati (es. giovane con meno di 25 anni che non abbia ancora ottenuto un primo impiego retribuito regolarmente, persone adulte che vivano sole con uno o più figli a carico, etc.).

L'esame delle norme richiamate - tutte finalizzate a promuovere l'inserimento sociale e l'occupazione di soggetti in condizioni di difficoltà o di incapacità fisiche, psichiche, economiche, sociali - consente, dunque, si ritenere in linea generale conformi alle prescrizioni dell'art. 69 del Codice, clausole del capitolato d'appalto contemplanti, tra le condizioni di esecuzione, l'impiego delle "persone svantaggiate" come indicate nelle stesse.

Tuttavia, come anticipato, il Comune di Venezia intende inserire nel capitolato d'appalto sia tra le condizioni di esecuzione sia tra gli elementi di valutazione dell'offerta tecnica, l'impiego di "persone svantaggiate" di cui alle suindicate norme.

Ebbene, alla luce delle considerazioni svolte, si ritiene non conforme al disposto dell'art. 69 del Codice l'inclusione di tale previsione tra gli elementi di valutazione dell'offerta tecnica, atteso che sia le norme comunitarie sia la citata disciplina di recepimento prevedono espressamente che deve trattarsi di condizioni di esecuzione, con ciò chiarendo che le stesse non possono costituire elementi dell'offerta né di valutazione da parte della commissione esaminatrice.

Deve, invece, ritenersi conforme a tali norme, l'impiego di "persone svantaggiate", quale condizione di esecuzione dell'appalto, sia in quanto modalità di prestazione del servizio finalizzata al perseguimento di obiettivi sociali espressamente richiamata dall'art. 69 e dalla direttiva unificata, sia in quanto una simile previsione non presenta profili di contrasto con il diritto comunitario e con i principi del Trattato CE richiamati in tale disposizione normativa.