



Autorità Nazionale Anticorruzione

Il Presidente

**Spett. INVITALIA
Infratel Italia Spa**

**12/03/2015
AG 14/2015**

Oggetto: Istanza di parere, ai sensi dell'art. 69, comma 3, del D.Lgs. n. 163/2006 – Invitalia. Infratel Italia S.p.a. – Bando di gara per l'affidamento mediante accordo quadro del servizio di progettazione esecutiva e realizzazione di infrastrutture costituite da impianti in fibra ottica per una rete a banda ultralarga, comprensiva della fornitura e posa in opera del relativo cavo in fibra ottica e della successiva manutenzione dell'infrastruttura - Clausola sociale di imponibile di manodopera – Valutazione di compatibilità con il diritto comunitario – Accoglimento

In relazione all'istanza di parere in oggetto, si rappresenta che il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza del 11-12 marzo 2015, ha approvato le seguenti considerazioni.

Con nota pervenuta in data 03 febbraio 2015, prot. 11059, la Infratel Italia S.p.a. - in qualità di società partecipata dal Ministero dello Sviluppo economico, costituita su iniziativa del Ministero delle Comunicazioni e di Sviluppo Italia S.p.a. in attuazione della convenzione sottoscritta tra i medesimi in data 22 dicembre 2003 con funzione di soggetto attuatore del "Programma per lo sviluppo della Banda Larga in tutte le aree sottoutilizzate del paese", ai sensi dell'art. 7, L. n. 80/2005 - 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 voler inserire nel Bando relativo all'Accordo quadro per l'affidamento del "*Servizio di progettazione esecutiva e realizzazione di infrastrutture costituite da impianti in fibra ottica per una rete a banda ultralarga, comprensiva della fornitura e posa in opera del relativo cavo in fibra ottica e della successiva manutenzione dell'infrastruttura*" e in tutti i bandi di futura pubblicazione, una clausola sociale ex art. 69 comma 3 del Codice. La richiesta è corredata di un testo base del Bando di gara.

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'onori. A tal riguardo, la suddetta disposizione precisa, al comma 2, che dette condizioni possono attenere, 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. L'Autorità ha chiarito che, *a contrario*, tale formulazione dispone che le stesse non debbano avere incidenza sulla fase di gara: ciò, in particolare,



Autorità Nazionale Anticorruzione

Il Presidente

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 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: *“E' fatto obbligo all'aggiudicatario, in caso di necessità di procedere a nuove assunzioni, compatibilmente con le esigenze di natura produttiva e tecnica e con le qualifiche e le professionalità necessarie, di garantire il diritto di precedenza dei lavoratori rientranti nella definizione di lavoratore svantaggiato di cui al Regolamento CE del 12 dicembre 2002, n. 2204 e provenienti dalle aree di crisi occupazionale relative al settore delle telecomunicazioni”*.

La proposta clausola è contenuta nella bozza di Bando, in apposito e separato paragrafo, incluso nella sezione II 1.5), e 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.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Il Presidente

Preme richiamare che la clausola prevede che, nella fase di reclutamento del personale per lo svolgimento della prestazione, l'impresa aggiudicataria debba assorbire prioritariamente soggetti rientranti nella definizione di lavoratore svantaggiato di cui al Regolamento CE 12 dicembre 2002, n. 2204, proveniente da aree di crisi occupazionale delle telecomunicazioni, purché tale assunzione sia coerente con le esigenze della propria organizzazione di impresa. A tal riguardo, il consolidato orientamento dell'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 esaminata clausola sociale appare rispettosa di detto orientamento: essa fa correttamente rinvio al Regolamento comunitario, non prevede automatismi nell'applicazione dell'istituto e contempera l'obbligo di assunzione con la condizione che il numero dei lavoratori e la loro qualifica siano compatibili con le esigenze di natura produttiva e tecnica e con le qualifiche e le professionalità necessarie.

Pertanto, 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 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, la società Infratel Italia S.p.a. è invitata a formulare la clausola in modo evidente e autonomo, in un separato articolo, non soltanto nel bando ma in tutti gli atti di gara e nello schema di contratto. Sotto il profilo sostanziale, la clausola è da ritenersi compatibile con il diritto comunitario.

Raffaele Cantone