Autorità Nazionale Anticorruzione

Il Presidente

Giunta Regionale della Campania

AG 64/15/AP
26 agosto 2015

Oggetto: Istanza di parere, ai sensi dell'art. 69, comma 3, del D.Lgs. n. 163/2006 – Giunta regionale della Campania – Bando di gara per l'affidamento del servizio di movimentazione e facchinaggio per le esigenze dei magazzini regionali - Clausola sociale di imponibile di manodopera – Compatibilità con il diritto comunitario

Con riguardo alla nota pervenuta in data 23 luglio 2015, prot. 93924, si comunica che il Consiglio, nell'adunanza del 26 agosto 2015, ha approvato le seguenti considerazioni.

La Giunta regionale della Campania 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 alla procedura aperta per l'affidamento del servizio di movimentazione e facchinaggio per le esigenze dei magazzini regionali, una clausola sociale ex art. 69 comma 3 del Codice. La richiesta è corredata di un testo base della clausola suddetta.

L'istante rappresenta che il contratto attualmente in corso, affidato a una società esterna individuata mediante procedura di appalto è di prossima scadenza e che l'ente intende bandire un nuovo bando mediante procedura aperta, avente medesimo oggetto del precedente affidamento, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, nel cui contesto inserire la clausola sociale di salvaguardia dei livelli occupazionali.

Nel caso di specie, la stazione appaltante sottopone all'Autorità una clausola che prevede la seguente formulazione: "Art. … *Clausola di promozione e valorizzazione di esigenze sociali*

All'aggiudicataria è imposto l'obbligo, in caso di cambio di gestione, ai sensi e per gli effetti dell'art. 69 del D.lgs 163/06 (Codice dei contratti), di assorbire e utilizzare prioritariamente nell'espletamento del servizio, qualora disponibili e compatibilmente con le attuali esigenze di servizio previste nel presente appalto, le unità di personale in organico presso il precedente appaltatore a titolo dipendenti con le attuali qualifiche e inquadramenti economici contrattuali". Precisa, altresì, il richiedente che tra le dichiarazioni che i concorrenti dovranno rendere, sarà prevista altresì la seguente: "di accettare, in caso di aggiudicazione in proprio favore, le previsioni di cui all'art. 11 del capitolato (rubricato Clausola di promozione e valorizzazione di esigenze sociali)".

L'istante riferisce di voler inserire la clausola nel Capitolato d'oneri oltre che nello schema di contratto.

Sotto un profilo formale, appare utile evidenziare, 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 Disciplinare di gara e nel Bando; 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.

Nella fattispecie, si richiama l'istante alle considerazioni sub a), con particolare riguardo alla pubblicazione della clausola nel Bando di gara e nel Disciplinare.

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

La clausola sottoposta al giudizio dell'Autorità non prevede un automatismo nell'applicazione dell'istituto e non contempera l'obbligo di assunzione prevedendo la corretta formulazione dell'assorbimento e utilizzo prioritario, previo accertamento di compatibilità con le esigenze di servizio previste nell'appalto. E' noto, infatti, che secondo il consolidato orientamento di questa Autorità il vincolo che la pubblica amministrazione può discrezionalmente imporre, nelle condizioni di esecuzione dei bandi pubblici, incontra un limite nella compatibilità con l'organizzazione dell'impresa subentrante (ex multis, Parere Avcp n. 44/2010, Parere Avcp AG 41/2012, Parere Avcp 28/2013). L'Autorità, conformemente alla giurisprudenza, afferma infatti che le legittime esigenze sociali devono essere bilanciate da una adeguata tutela della libertà di concorrenza, anche nella forma della libertà imprenditoriale degli operatori economici potenziali aggiudicatari, i quali assumono un mero obbligo di prioritario assorbimento e utilizzo del personale già impiegato dal precedente affidatario per il periodo di durata dell'appalto, subordinatamente alla compatibilità con l'organizzazione d'impresa dell'appaltatore subentrante. Afferma chiaramente il Consiglio di Stato che la clausola sociale di imponibile di manodopera "*deve essere interpretata conformemente ai principi nazionali e comunitari in materia di libertà di iniziativa imprenditoriale e di concorrenza, risultando, altrimenti, la clausola in questione senz'altro lesiva della concorrenza, scoraggiando la partecipazione alla gara e limitando ultroneamente la platea dei partecipanti, nonche' atta a ledere la liberta' d'impresa, riconosciuta e garantita dall'art. 41 della Costituzione, che sta a fondamento dell'autogoverno dei fattori di produzione e dell'autonomia di gestione propria dell'archetipo del contratto di appalto*" (Cons. Stato Sez. VI, 27 novembre 2014, n. 5890. Inoltre, *ex multis*, T.A.R. Piemonte Torino Sez. I, 09 gennaio 2015, n. 23, T.A.R. Abruzzo Pescara Sez. I, 02 gennaio 2015, n. 6, T.A.R. Emilia-Romagna Bologna Sez. II, 09 novembre 2012, n. 672).

In conclusione, la condizione di esecuzione sottoposta all'esame di questa Autorità appare allo stato compatibile con il diritto comunitario e con i principi di parità di trattamento, non discriminazione e proporzionalità. Sotto un profilo formale, la Giunta regionale della Campania è invitata a includere la clausola sociale, oltre che nel Capitolato tecnico e nello schema di contratto, anche nel Disciplinare di gara e nel Bando.

Raffaele Cantone