

# Al Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti Provveditorato Interregionale per le Opere Pubbliche Campania - Molise

Rif. AG 25/13

3 luglio 2013

**Oggetto:** Istanza di parere, ai sensi dell'art. 69, comma 3, del D.Lgs. n. 163/2006, formulata da Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, Provveditorato Interregionale per le Opere Pubbliche, Campania Molise, Sede di Napoli - affidamento in global service della gestione e manutenzione della rete stradale del Comune di Casalnuovo di Napoli (NA) - clausola sociale di assorbimento di personale LSU/LPU

Con nota pervenuta in data 27 maggio 2013, prot. 49091, il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, Provveditorato Interregionale per le Opere Pubbliche, Campania Molise, Sede di Napoli - reiterando precedenti istanze (prot. 12 marzo 2013 n. 27593 e prot. 18 aprile 2013 n. 38442) sospese per incompletezza documentale - ha sottoposto all'attenzione di questa Autorità una istanza di parere ai sensi dell'art. 69, comma 3, del D.Lgs. n. 163/2006, allegando bozza del Bando di gara e del Disciplinare di gara, unitamente al Capitolato speciale e al Capitolato d'oneri. Il richiedente afferma di voler inserire nel Capitolato d'oneri una clausola che prevede l'impegno della ditta aggiudicataria di assunzione di n. 2 lavoratori ex LSU a tempo pieno e indeterminato, con i livelli professionali e contributivi di operaio generico.

Con la presente nota, si comunica che il Consiglio dell'Autorità del 3 luglio 2013 ha espresso le seguenti considerazioni.

La proposta clausola prevede "una dichiarazione di impegno all'assunzione di n. 2 lavoratori ex LSU a tempo pieno e indeterminato, con i seguenti livelli professionali e contributivi:

Numero di lavoratori	Livello professionale	Livello retributivo orario
1	Operaio generico	23,22 €/ora
1	Operaio generico	23,22 €/ora

L'Appaltatore, pertanto, dovrà procedere in fase di esecuzione del contratto, all'assorbimento del numero minimo di operatori ex LSU sopra indicati, pena l'automatica decadenza dall'appalto.

L'appaltatore, in caso di rinuncia degli LSU contattati, ha comunque l'obbligo di scorrere l'intera lista degli stessi. Dopo il progressivo scorrimento e l'esaurimento della lista degli stessi. Dopo il progressivo scorrimento e l'esaurimento della lista, la rinuncia all'assunzione da parte del lavoratore, comunicata per iscritto all'Appaltatore e/o al comune, esime l'Appaltatore dall'obbligo di assunzione del lavoratore. L'appaltatore dovrà provvedere all'assunzione del personale ex LSU entro il termine perentorio di 15 (quindici) giorni naturali e consecutivi dalla data di consegna dei servizi e/o dei lavori" (art. 30 del Capitolato d'oneri).

In via preliminare, con specifico riguardo alle particolari condizioni di esecuzione in concreto richieste, si deve evidenziare, che l'Amministrazione procedente ha previsto una clausola ispirata alla promozione e alla valorizzazione di esigenze sociali. Tale clausola appare, infatti, esser stata adottata in considerazione della "intenzione del Comune di Casalnuovo di Napoli (di) fornire opportunità di lavoro al maggior numero possibile di tali operatori (Ex lavoratori socialmente utili, ndr)"(art. 30 Capitolato d'oneri).

Si deve, successivamente, riscontrare che la clausola proposta è collocata unicamente all'interno del Capitolato d'oneri, all'art. 30, risultando invece mancante negli altri atti di gara (Bando di gara, Capitolato speciale, Disciplinare).

A tal riguardo, occorre osservare 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 di appalto e nello Schema di contratto, oltre che a menzionarla nel Bando di gara. Infatti, giacché tali clausole implicano una parziale deroga alla disciplina comunitaria, ragioni di opportunità inducono a suggerire una formulazione espressa e facilmente individuabile della stessa, tale che essa si possa identificare, con apposita evidenza del Bando, mediante formulazione idonea ad evidenziare la specificità esecutiva. Si rammenta alla Stazione appaltante che analoga attenzione deve essere, dunque, prestata affinché gli operatori economici concorrenti dichiarino in sede di offerta di accettare le condizioni particolari di esecuzione previste dal Capitolato speciale.

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 partecipare alla gara, né stabilisce uno specifico criterio di valutazione dell'offerta migliore.

Nel merito, inoltre, la suddetta clausola richiede un confronto con i principi comunitari, volti a tutelare il corretto svolgersi delle dinamiche concorrenziali nel mercato.

A tal proposito, preme osservare - in primo luogo - che la clausola in esame prevede l'assunzione a

tempo indeterminato di un numero minimo di 2 lavoratori, con qualifica di operaio, appartenenti alle categorie dei Lavoratori Socialmente Utili (L.S.U.). I lavoratori socialmente utili sono lavoratori in mobilità o in cassa integrazione guadagni straordinaria o in disoccupazione speciale oppure soggetti in cerca di prima occupazione o disoccupati che - in attuazione delle cd politiche attive del lavoro - sono stati adibiti ad attività che hanno per oggetto la realizzazione di opere e la fornitura di servizi di utilità collettiva. L'Autorità ha, in altre occasioni, affermato che l'obbligo di impiegare lavoratori svantaggiati, quale condizione di esecuzione dell'appalto, è conforme al disposto dell'art. 69 del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, 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 agli aiuti di Stato a favore dell'occupazione. Alla luce di questo Regolamento, ove sono dettate in linea generale le condizioni di compatibilità degli aiuti di stato di contrasto alla disoccupazione, è da ritenersi compatibile con il diritto comunitario l'indicazione di assumere soggetti che rientrino in una delle categorie previste dall'articolo 2, lett. f). Più in particolare, nel caso di specie, è da ritenersi compatibile con il diritto comunitario la previsione che indichi l'obbligo di assumere soggetti che, quanto più possibile, siano da considerarsi disoccupati di lungo periodo ovvero quei soggetti senza lavoro per 12 dei 16 mesi precedenti o per 6 degli 8 mesi precedenti nel caso di persone con meno di 25 anni (art. 2, comma 1, lett. f), viii).

In secondo luogo, si osserva che la clausola sociale di cui trattasi sembra imporre l'obbligo di assunzione senza prendere in considerazione se 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. Nei termini indicati, la clausola non appare conforme ai più recenti orientamenti della giurisprudenza sulle misure atte a favorire condizioni di concorrenzialità nel mercato e coerente con una lettura costituzionalmente 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).

Ne deriva che la Stazione appaltante dovrà adottare una formulazione che consenta tanto di promuovere le legittime esigenze sociali, quanto di tutelare la libertà di concorrenza, anche nella forma della libertà imprenditoriale degli operatori economici potenziali aggiudicatari, i quali potranno bensì assumere l'obbligo di prioritario assorbimento e utilizzo del personale ex LSU per il periodo di durata dell'appalto, subordinatamente alla compatibilità con l'organizzazione d'impresa dell'appaltatore subentrante.

In conclusione, la clausola sociale rappresentata dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, Provveditorato Interregionale per le Opere Pubbliche, Campania Molise, Sede di Napoli nel bando esaminato, la quale richiama quale condizione di esecuzione dell'appalto l'obbligo di assunzione a tempo indeterminato di 2 lavoratori ex L.S.U. specificandone la qualifica di operaio generico, può ritenersi conforme ai principi del Trattato CE soltanto nella misura in cui non imponga un obbligo di assunzione, ma configuri - eventualmente - una preferenza o priorità nella assunzione dei soggetti svantaggiati così come rappresentati in conformità del Regolamento CE del 12 dicembre 2002, n. 2204. La formulazione attuale, infatti, in quanto discriminatoria, nonché limitativa della libera concorrenza risulta incompatibile con il diritto comunitario ai sensi dell'art. 69, comma 3, del D. Lgs 163/2006.

Il Direttore generale: Lorenza Ponzone

Il Segretario generale: Daniela Galli