

Alla Catania Multiservizi SpA

AG 28/13

Oggetto: Istanza di parere, ai sensi dell'art. 69, comma 3, del D.Lgs. n. 163/2006, formulata da Catania Multiservizi, società strumentale del Comune di Catania - affidamento del servizio di manutenzione ordinaria di aree a verde della Città di Catania - clausola sociale di prioritario assorbimento di personale precedentemente occupato presso la medesima società istante

Con nota pervenuta in data 20/03/2013, prot. 30110, la Catania Multiservizi SpA 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 la bozza del Bando e del Capitolato speciale.

La richiedente stazione appaltante - società strumentale del Comune di Catania, a capitale interamente pubblico, sottoposta a controllo analogo da parte della proprietà - è infatti in procinto di bandire una gara di importo stimato di € 197.625,20, per l'affidamento del servizio di manutenzione ordinaria di aree a verde della Città di Catania, limitatamente ai servizi di decespugliamento per prevenzione incendi, della durata di mesi 4 (quattro), con procedura di cattimo fiduciario ex art. 125 D.lgs. 163/2006 e art. 334 D.P.R. 207/2010, da assegnarsi con applicazione del criterio del massimo ribasso.

A seguito di richiesta di integrazione documentale, l'istante ha fornito - con nota prot. 37827 del 16/04/2013 - elementi integrativi di chiarimento nonché la bozza di lettera di invito.

Precisa, nell'originaria istanza, la Catania Multiservizi che tale gara provvede alla esternalizzazione di un servizio precedentemente svolto in amministrazione diretta dalla società medesima; che al precedente svolgimento del servizio la società ha adibito, dall'anno 2006, trenta lavoratori, attraverso una successione di diversi e molteplici rapporti contrattuali: in un primo tempo - fino al 2008 - in virtù di un contratto di somministrazione di lavoro tra la società Catania Multiservizi e una Agenzia autorizzata di somministrazione; in un secondo tempo - dal 2008 (data imprecisata) fino al 30 settembre 2012 - tali lavoratori sono stati assunti direttamente dalla società Catania Multiservizi con contratti di lavoro subordinato, a tempo determinato e parziale; che l'avviato tentativo di stabilizzazione degli stessi lavoratori è stato annullato in autotutela dalla società Catania

Multiservizi, in ragione delle sopravvenienze legislative che hanno espressamente esteso le limitazioni alle assunzioni previste per le amministrazioni pubbliche alle società controllate (art. 4, comma 9, D.L. 95/2012); che l'ultima scadenza dei rapporti contrattuali tra la società e i lavoratori è avvenuta in data 30 settembre 2012.

Precisa la società istante, con la sopra indicata nota integrativa, che i lavoratori interessati risultano allo stato disoccupati e che con gli stessi sono in corso controversie giudiziarie volte alla conversione a tempo indeterminato dei rapporti di lavoro a termine.

La stazione appaltante afferma dunque di voler inserire nel bando per la gara di appalto de qua una clausola che affermi l'obbligo della ditta aggiudicataria di utilizzare prioritariamente nell'espletamento del servizio i trenta lavoratori già occupati presso la S.A. ed adibiti, sino al 30 settembre 2012, alle medesime attività che si intendono ora parzialmente affidare all'esterno. A tal fine, domanda il preventivo avviso preventivo dell'Autorità ai sensi dell'art. 69 del Codice dei contratti pubblici.

A tal riguardo, si rammenta, preliminarmente, 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, tra l'altro, con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, e purché siano precise nel Bando di gara, o nell'Invito, in caso di procedure senza bando, o nel Capitolato d'oneri. La medesima 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.

Sul punto, il 33° considerando della Direttiva 2004/18/CE precisa che la compatibilità delle suddette previsioni con il diritto comunitario si ravvisa "a condizione che [tali clausole] non siano, direttamente o indirettamente, discriminatorie e siano indicate nel bando di gara o nel capitolo d'oneri" e, con specifico riguardo alle esigenze sociali contemplabili, afferma che "tali condizioni 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".

Le norme comunitarie e la disciplina di recepimento prevedono, dunque, espressamente che debba trattarsi di condizioni di esecuzione, con ciò chiarendo implicitamente che le stesse non possono 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 comma 3 dell'art. 69 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 segnala, infine, che in diretta applicazione del comma 4 dell'art. 69 del Codice dei contratti pubblici, appare necessario che - nel Disciplinare di gara - sia previsto che gli operatori dichiarino - in sede di offerta - di accettare le condizioni particolari, per l'ipotesi in cui risulteranno aggiudicatari; di siffatta clausola sociale deve essere, inoltre, dato riscontro nello schema di contratto.

Nel caso di specie, il richiedente afferma di voler inserire nel Bando di gara di appalto una clausola che preveda l'impegno della ditta aggiudicataria di assorbire il personale già alle dipendenze della stazione appaltante. La proposta clausola sociale, prevista all'art. 12 del Capitolato speciale di appalto, recita, per la parte essenziale: "Le imprese concorrenti alla gara devono dichiarare espressamente di aderire all'obbligo di assorbire e utilizzare prioritariamente nell'espletamento del servizio, i lavoratori che già vi erano adibiti quali lavoratori dipendenti.

In particolare, ai sensi dell'art. 69 del D.lgs 163/2006 la ditta aggiudicataria dovrà utilizzare prioritariamente nell'espletamento del servizio i 30 (trenta) lavoratori già occupati presso la società appaltante con contratto a tempo determinato parziale (36 ore settimanali - 2° livello CCNL per i dipendenti da imprese esercenti servizi di pulizia e servizi integrati/multi servizi) ed adibiti, fino alla data del 30 settembre 2012, alle medesime attività di manutenzione del verde pubblico che la società intende parzialmente affidare a terzi attraverso la presente procedura di gara". Seguono - nella formulazione della clausola - ulteriori considerazioni, genericamente rivolte a qualificare la clausola come misura di tutela a favore di particolari categorie di persone fuoruscite dal mondo del lavoro e a caratterizzare le locali condizioni di disagio sociale.

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 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.

Ciò premesso, si deve tuttavia osservare che la vicenda in esame differisce dall'id quod plerumque accidit, che si verifica quando la clausola di assorbimento preveda che l'aggiudicatario di un contratto si obblighi, nei confronti della Stazione appaltante, ad utilizzare/impiegare i lavoratori del precedente appaltatore. Ciò può sollevare qualche motivo di perplessità, in quanto la stazione appaltante agisce in effetti nella doppia veste di "datore di lavoro" uscente e stazione appaltante dell'appaltatore subentrante. Inoltre, si osserva che il rapporto di lavoro subordinato dei lavoratori interessati appare cessato in data 30 settembre 2012, ossia in una data temporalmente molto risalente rispetto alla prevista gara di appalto. Nella nota di integrazione precisa, peraltro, la Catania Multiservizi che i lavoratori interessati risultano in atto disoccupati; che, allo stesso tempo, nessun rapporto intercorre tra i lavoratori in questione e la società stessa; e che un numero non precisato di lavoratori è in causa con la società per il riconoscimento della subordinazione a tempo indeterminato del rapporto di lavoro intercorso, per superamento dei termini legali del contratto. Nel merito, la clausola pone l'obbligo di utilizzare prioritariamente i 30 lavoratori già dipendenti della stazione appaltante per lo svolgimento del medesimo servizio svolto, per ca 6 anni, presso la stazione appaltante. Al riguardo, afferma 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).

La circostanza che i lavoratori provengano dalla stessa stazione appaltante e che siano pendenti controversie legali solleva qualche perplessità, in quanto la società stessa dimostra chiaramente di avere un interesse diretto, oltre che qualificato a incentivare l'assunzione totale dei lavoratori suddetti, in misura prevalente rispetto alle condizioni di realizzazione del servizio. Il fatto che i lavoratori suddetti sembrano identificati solo con riferimento al risalente rapporto di lavoro alle dipendenze della stazione appaltante comporta che sia ristretta in modo significativo l'autonomia organizzativa dell'impresa appaltatrice, alla quale non sembrerebbe consentito un alternativo utilizzo di personale proprio. Inoltre, l'obbligo di assorbimento di detti lavoratori nel numero di trenta unità potrebbe essere sproporzionato rispetto alla durata solo quadriennale dell'appalto. Ove interpretata in questo senso, la clausola potrebbe allora contenere un effetto di automatismo

nell'applicazione dell'assorbimento, con conseguente compressione della libertà organizzativa dell'impresa aggiudicataria. In tal senso, dunque, non sarebbe adeguatamente tutelata la libertà di concorrenza, nella forma della libertà di organizzazione degli operatori economici potenziali aggiudicatari, i quali assumendo l'obbligo di assorbimento e utilizzo di un così alto numero di personale in proporzione all'effettivo uso per un periodo molto limitato vedono eccessivamente compressa la propria organizzazione d'impresa.

In conclusione, la clausola sociale sottoposta a questa Autorità dalla società Catania Multiservizi può essere compatibile con il diritto comunitario ai sensi dell'art. 69, comma 3, del D.Lgs. 163/2006 solo ove interpretata e applicata nel senso di escludere del tutto l'autonomia organizzativa del nuovo appaltatore.

Il Dirigente Generale
Maria Luisa Chimenti