

Alla Città di Alcamo

AG 30/14

6 giugno 2014

Oggetto: Istanza di parere, ai sensi dell'art. 69, comma 3, del D.Lgs. n. 163/2006 - Città di Alcamo - Bando di gara per Lavori di manutenzione e messa in sicurezza delle strade comunali - Clausola sociale di imponibile di manodopera - Bisogni occupazionali del territorio - Compatibilità con il diritto comunitario - Non sussiste

Con nota pervenuta in data 13 maggio 2014, prot. 54714, la Città di Alcamo 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 essere in procinto di esperire una procedura di gara da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'affidamento di lavori di manutenzione e messa in sicurezza delle strade comunali, per un importo complessivo a base d'asta di € 148.672,31, oltre a oneri non soggetti a ribasso, da assegnarsi con il criterio del prezzo più basso.

Il richiedente afferma di voler inserire nel bando di gara una clausola che preveda l'obbligo dell'impresa aggiudicataria di reperire manodopera e maestranze locali, nel limite non inferiore al 50% dei nuovi assunti, con particolare riferimento a soggetti disoccupati e in cerca di prima occupazione.

Scopo dichiarato dell'amministrazione istante, come individuato dalla delibera di Giunta Municipale 03.04.2014 n.104, in ossequio al Protocollo d'intesa 13 marzo 2014 volto a promuovere politiche attive del lavoro funzionali ai bisogni occupazionali del territorio, stipulato con le organizzazioni sindacali edili Cgil, Uil, Cisl, è quello di inserire negli appalti pubblici l'attenzione al reperimento di manodopera locale disoccupata per i lavori banditi dal Comune di Alcamo.

La città di Alcamo ha rimesso all'Autorità, a corredo della propria istanza, il suddetto protocollo di intesa, la citata Delibera di giunta municipale, il Bando e il Disciplinare di gara.

In merito alla predetta istanza il Consiglio dell'Autorità nell'Adunanza del 5-6 giugno 2014, il Consiglio dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, oggi soppressa ai sensi dell'art. 19, D.l. 24 giugno 2014, n. 90, ha adottato le seguenti determinazioni, che - con la presente - vengono integralmente trasmesse.

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 attenersi, 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 e, implicitamente, che le stesse non devono avere incidenza sulla fase di gara: ciò, in particolare, riguarda la impossibilità 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 segnala, 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 proposta clausola prevede la seguente formulazione: "ciascun concorrente dovrà impegnarsi già in sede di gara, in caso di aggiudicazione, qualora abbia l'esigenza di disporre di ulteriori unità lavorative onde raggiungere il numero congruo per l'appalto di che trattasi, a

reperire prioritariamente manodopera e maestranze locali, nel limite non inferiore al 50% dei nuovi assunti, con particolare riferimento a soggetti disoccupati o in cerca di prima occupazione che versano in particolari situazioni di disagio economico sociale tramite Uffici/Agenzie abilitati al reperimento di manodopera” (Bando di gara, art. VI.3.lett. f “Clausola sociale”).

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 stata adottata, ai sensi di quanto disposto dalla stazione appaltante con Deliberazione di Giunta Comunale n. 104 del 03.04.2014 “Inserimento nei bandi e disciplinari di gara, nel capitolato speciale di appalto e nello schema di contratto della clausola per il reperimento di manodopera e maestranze locali con particolare riferimento a soggetti disoccupati o in cerca di prima occupazione”.

Si deve riscontrare che la clausola proposta è collocata all’interno del Bando di gara, all’art. VI.3, lett. f), nonché nel Disciplinare di gara all’art. 3.20. A tal riguardo, appare osservato 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, oltre che a menzionarla nel Bando di gara. Si evidenzia che una clausola di analogo tenore deve essere riportata nello Schema di contratto. 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.

La suddetta clausola richiede un confronto, nel merito, 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 il reperimento di un numero di lavoratori, non inferiore alla misura del 50% dei lavoratori impiegati, appartenenti a categorie di disoccupati o soggetti in cerca di prima occupazione. 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). Occorre, tuttavia, chiarire che - con riferimento a clausole di analogo tenore - l’Autorità ha ulteriormente precisato, rispetto alle proprie iniziali decisioni (Parere sulla normativa, AG 39/13), il proprio orientamento nel senso di ritenere non conformi al diritto comunitario quelle clausole che contengano al loro interno dei criteri irragionevolmente restrittivi della concorrenza, quali possono essere i criteri localistici. In particolare è stato affermato che la prioritaria assunzione di soggetti disoccupati residenti in un determinato territorio appare compatibile soltanto nella misura in cui sia estromesso il vincolo della residenza locale (Parere sulla normativa, AG 44/13). In tal senso, la clausola proposta dal Comune di Alcamo dovrà essere corretta e adeguata, al suddetto orientamento e, dunque, prevedere l’espunzione della formula lavoratori e maestranze “locali”.

Ciò posto, la clausola sociale proposta sembra essere adeguata e corretta sotto gli altri profili. In particolare, essa prende in considerazione l’aspetto della armonizzazione della condizione con l’organizzazione d’impresa della ditta aggiudicataria e con le esigenze tecnico-organizzative e di manodopera previste. Nei termini indicati, la clausola 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). La formulazione in esame, infatti, da un lato non impone una determinata forma contrattuale, rimettendo tale scelta alla discrezionalità dell’aggiudicatario, e si limita a indicare un obbligo di reperimento della suddetta manodopera nel caso di riscontrata “esigenza di ulteriori unità lavorative onde raggiungere il numero congruo per l’appalto di che trattasi”.

La città di Alcamo ha adottato una formulazione che consente tanto di promuovere le legittime

esigenze sociali, quanto di rispettare la libertà di concorrenza, anche nella forma della libertà di organizzazione imprenditoriale degli operatori economici potenziali aggiudicatari, i quali potranno bensì assumere l'obbligo di prioritario assorbimento e utilizzo dei soggetti indicati anche solo per il periodo di durata dell'appalto, e comunque subordinatamente alla compatibilità con l'organizzazione d'impresa dell'appaltatore subentrante.

In conclusione, la clausola sociale rappresentata dalla Città di Alcamo nel bando esaminato, la quale richiama quale condizione di esecuzione dell'appalto l'obbligo di reperimento di soggetti disoccupati o in cerca di prima occupazione nella misura del 50% dei lavoratori impiegati nell'appalto, laddove sia riscontrata l'esigenza di disporre di ulteriori unità lavorative, può ritenersi conforme ai principi del Trattato CE in quanto non appare imporre un obbligo di assunzione, ma configura una mera preferenza di reperimento dei lavoratori tra soggetti svantaggiati così come rappresentati in conformità del Regolamento CE del 12 dicembre 2002, n. 2204. La formulazione attuale, infatti, non appare limitativa della libera concorrenza e risulta compatibile con il diritto comunitario ai sensi dell'art. 69, comma 3, del D. Lgs 163/2006. Tale formulazione dovrà tuttavia espungere dal proprio articolato la considerazione del criterio localistico (reperire prioritariamente manodopera e maestranze "locali"), che risulta invece non conforme ai principi di concorrenza.

Il Direttore Generale
Lorenza Ponzone