



Presidente

Alla Provincia di Latina
[... OMISSIS ...]

PEC: [... OMISSIS ...]

e p.c. alla [... OMISSIS ...]

PEC: [... OMISSIS ...]

Fasc. Anac n. 2891/2023

Oggetto

Protocollo d'intesa per la regolarità e la sicurezza del lavoro nel settore degli appalti pubblici della Provincia di Latina – Nota di definizione dell'istruttoria a firma del Presidente.

Con segnalazione della [... OMISSIS ...], acquisita al prot. dell'Autorità n. 37529 del 16.05.2023, veniva rappresentato che il Comune di Latina e la Provincia di Latina hanno sottoscritto con [... OMISSIS ...] un Protocollo che configurerebbe *"una evidente alterazione della concorrenza e una discriminazione in danno delle imprese non aderenti al sistema contrattuale [... OMISSIS ...]. Tale protocollo infatti, prevede l'applicazione delle disposizioni ivi contenute a tutte le imprese aggiudicatrici di lavori pubblici, l'applicazione del contratto [... OMISSIS ...] e dei rispettivi accordi integrativi territoriali, l'iscrizione alla Cassa Edile promanante dallo stesso contratto"*.

In particolare, veniva rilevato che *"La definizione di protocolli che impongono l'applicazione di un unico sistema contrattuale è assolutamente inammissibile, in quanto comporta l'esclusione di una parte significativa del sistema imprenditoriale che non aderisce a tale sistema"* e che *"In tale contesto si evidenzia che il sistema delle PMI rappresentato da [... OMISSIS ...] si avvale di un proprio sistema contrattuale e bilaterale, condiviso e sottoscritto con le medesime organizzazioni sindacali di categoria e pienamente operativo nel territorio di Latina"*.

In conclusione, si evidenziava quindi che *"La nostra associazione ha invano sollecitato una modifica dei protocolli finalizzata a ricomprendere anche il ns sistema nell'intesa"*, producendo in allegato la convenzione revisionata con le modifiche proposte da [... OMISSIS ...].

La Provincia di Latina riscontrava la richiesta informativa dell'Autorità con nota acquisita al prot. 53783 del 06.07.2023, laddove veniva preliminarmente evidenziato che analoga richiesta di informazioni era stata formulata da parte dell'[... OMISSIS ...] e che *"A seguito di tale iniziativa, questo Ente, a titolo meramente precauzionale, ha sospeso con decreto presidenziale n 31 del 26 giugno 2023, ... l'applicazione del predetto Protocollo, rappresentando che lo stesso dalla data della sua stipula non ha avuto applicazione sia perché non sono state bandite nuove gare nei limiti concepiti dal medesimo sia perché i contratti stipulati hanno riguardato appalti precedenti alla sua entrata in vigore"*.

Nel merito, la Provincia forniva le proprie controdeduzioni, rilevando sostanzialmente che *"la previsione nei bandi di gara e poi nel successivo contratto di appalto dell'onere a carico di codeste imprese di iscrizione*

alla Cassa Edile e poi di attivazione del badge di cantiere non costituirebbe una lesione del principio di libera concorrenza e massima partecipazione alle gare in quanto esse possono tranquillamente partecipare alle gare senza discriminazione alcuna o eccessiva onerosità nei requisiti/documentazione richiesti per la partecipazione, assolvendo però, in caso di aggiudicazione, all'onere sopra specificato", richiamando la gratuità di tale iscrizione e dell'attivazione del badge di cantiere.

In esito all'attività istruttoria ed agli approfondimenti condotti presso la Provincia di Latina, la questione è stata sottoposta all'esame del Consiglio dell'Autorità nell'adunanza del 3 ottobre 2023, il quale ha ritenuto di rilevare quanto segue.

In via preliminare, si rileva che l'approfondimento svolto dall'Autorità ha riguardato il profilo della compatibilità del protocollo in esame con i dettami del codice dei contratti ed in riferimento ai principi di proporzionalità e massima partecipazione, nell'ottica di assicurare anzi massimizzare le esigenze di legalità e di contrasto alla criminalità organizzata nella fase di realizzazione delle opere pubbliche, rinviando invece al pronunciamento dell'[... OMISSIS ...] ai fini della valutazione dei profili inerenti all'eventuale ricorrere di intese restrittive della concorrenza nell'ambito del mercato degli appalti.

Ciò posto, in riferimento alle considerazioni esposte merita evidenziare in primo luogo che il citato Protocollo della Provincia di Latina stipulato con le Organizzazioni sindacali e le associazioni rappresentative delle imprese fa seguito al protocollo di intesa stipulato in data 21/02/2023 nel settore delle costruzioni tra la Prefettura di Latina con [... OMISSIS ...] per l'istituzione dell'Osservatorio dei Cantieri Edili, con il quale è stato tra l'altro introdotto *"l'uso del badge di cantiere, con il quale sarà possibile monitorare la presenza dei lavoratori sui cantieri, la loro regolare assunzione, il tipo di contratto stipulato e la corrispondenza tra mansione e lavoro svolto. Tali informazioni saranno messe a disposizione delle forze dell'ordine. Il badge, già inserito nel contratto collettivo provinciale per l'edilizia di Latina, sarà un ulteriore strumento di contrasto al lavoro nero e all'evasione contributiva. Il patto, potrà essere esteso, a enti o istituzioni pubbliche interessate e avrà durata triennale"*.

Tale protocollo risulta recepito dalla Provincia di Latina con applicazione a tutte le imprese aggiudicatrici di lavori pubblici presso la Provincia di Latina, richiedendo, tra l'altro, che *"le imprese in appalto e in subappalto assegnatarie dei lavori commissionati dalla Provincia di Latina dovranno attivare obbligatoriamente presso la Cassa Edile [... OMISSIS ...] il badge di cantiere"*, con la previsione che *"La stazione appaltante provvederà ad inserire nei documenti di gara e nel contratto stipulato con l'aggiudicatario una previsione riprodotta del contenuto della presente disposizione"*.

In ordine alla possibilità di configurare una lesione dei principi di libera concorrenza e massima partecipazione alle gare e la violazione dell'art. 83, comma 8) del d.lgs. 50/2016 (come riprodotto dagli artt. 10 e 100, comma 12 del d.lgs. 36/2023) riguardo alla tassatività di clausole di esclusione del Codice dei contratti pubblici, rileva in primo luogo quanto precisato dall'Amministrazione provinciale di Latina, dando evidenza che *"la previsione nei bandi di gara e poi nel successivo contratto di appalto dell'onere a carico di codeste imprese di iscrizione alla Cassa Edile e poi di attivazione del badge di cantiere non costituirebbe una lesione del principio di libera concorrenza e massima partecipazione alle gare in quanto esse possono tranquillamente partecipare alle gare senza discriminazione alcuna o eccessiva onerosità nei requisiti/documentazione richiesti per la partecipazione, assolvendo però, in caso di aggiudicazione, all'onere sopra specificato"*, precisando al riguardo che *"..... In tal modo non verificandosi, nella pratica, per mancanza di interesse, casi di rifiuto a un tale onere, non si verificherebbero neppure ipotesi di violazione dell'art. 83, comma 8, Codice Contratti pubblici in tema di tassatività delle clausole di esclusione"*, dando ulteriormente evidenza che *"Del resto, l'esclusione dalla gara non è mai concepita come sanzione dal Protocollo atteso che lo stesso, all'art. 6, sia pur nella fase dell'esecuzione, esclude sanzioni di qualsiasi"*

tipo, differendo i pagamenti per i lavori all'avvenuta eliminazione di eventuali irregolarità, sia pure dando evidenza che *" Tale disciplina, forse, andrebbe meglio esplicitata nel Protocollo"*.

In tale senso, risulta pertanto chiarito dalla S.A. che l'iscrizione alla Cassa Edile e poi l'attivazione del badge di cantiere non costituirebbero una condizione di partecipazione alla gara estesa a tutti i concorrenti, bensì condizione di esecuzione.

In questi termini, la clausola in esame non riveste carattere immediatamente escludente, né limita la partecipazione dei potenziali concorrenti alla gara, riguardando adempimenti a carico dell'aggiudicatario, senza porsi quindi in contrasto con il citato art. 83, comma 8, del Codice e con il principio di tassatività delle cause di esclusione ivi sancito (ora artt. 10 e 100, comma 12 del d.lgs. 36/2023).

Al riguardo, si precisa infatti che la nullità, quale conseguenza della violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione, *"colpisce le clausole con le quali l'amministrazione impone ai concorrenti determinati adempimenti o prescrizioni, ai fini della ammissione alla procedura di gara, che non trovano alcuna base giuridica nelle norme che (nel Codice dei contratti pubblici o nelle altre disposizioni di legge vigenti) prevedono cause di esclusione (comprese quelle che, pur non prevedendo espressamente – quale conseguenza – l'esclusione dalla gara, impongano adempimenti doverosi o introducano, comunque, norme di divieto: cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 7 giugno 2012, n. 21; 16 ottobre 2013, n. 23; 25 febbraio 2014, n. 9)"* (Consiglio di Stato n. 7257/2020).

Nel merito, si richiama altresì il contenuto della determinazione n. 4 del 2012 dell'Autorità, in ordine alla rilevanza dei patti di legalità nell'ambito degli appalti pubblici e alla possibilità di inserimento di clausole nei bandi di gara, secondo cui è stato ritenuto legittimo *"prescrivere, a pena di esclusione, l'accettazione delle condizioni contrattuali contenute nella documentazione di gara..."* facendo riferimento, tra l'altro, a *"... l'accettazione degli obblighi in materia di contrasto delle infiltrazioni criminali negli appalti previsti nell'ambito di protocolli di legalità/patti di integrità"*, definiti come *"I cd. protocolli di legalità/patti di integrità sanciscono un comune impegno ad assicurare la legalità e la trasparenza nell'esecuzione di un dato contratto pubblico, in particolar modo per la prevenzione, il controllo ed il contrasto dei tentativi di infiltrazione mafiosa, nonché per la verifica della sicurezza e della regolarità dei luoghi di lavoro. Nei protocolli le amministrazioni assumono, di regola, l'obbligo di inserire nei bandi di gara, quale condizione per la partecipazione, l'accettazione preventiva, da parte degli operatori economici, di determinate clausole che rispecchiano le finalità di prevenzione indicate. Deve ritenersi che la previsione dell'accettazione dei protocolli di legalità e dei patti di integrità quale possibile causa di esclusione sia tuttora consentita, in quanto tali mezzi sono posti a tutela di interessi di rango sovraordinato e gli obblighi in tal modo assunti discendono dall'applicazione di norme imperative di ordine pubblico, con particolare riguardo alla legislazione in materia di prevenzione e contrasto della criminalità organizzata nel settore degli appalti"*.

A tale riguardo, la Corte di Giustizia ha avuto modo di rilevare che *"Le norme fondamentali e i principi generali del Trattato FUE, segnatamente i principi di parità di trattamento e di non discriminazione nonché l'obbligo di trasparenza che ne deriva, devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a una disposizione di diritto nazionale in forza della quale un'amministrazione aggiudicatrice possa prevedere che un candidato o un offerente sia escluso automaticamente da una procedura di gara relativa a un appalto pubblico per non aver depositato, unitamente alla sua offerta, un'accettazione scritta degli impegni e delle dichiarazioni contenuti in un protocollo di legalità, come quello di cui trattasi nel procedimento principale, finalizzato a contrastare le infiltrazioni della criminalità organizzata nel settore degli appalti pubblici"* (cfr. Corte Giustizia Unione Europea Sez. X, Sent., 22-10-2015, n. 425/14).

Fatta questa precisazione, in ordine al fondamento normativo della prescrizione prevista nel citato protocollo in merito all'istituzione del badge di cantiere, si osserva che l'identificazione dei soggetti operanti nei cantieri è un argomento regolato dal decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81 "Testo unico in materia di sicurezza sul lavoro", il quale prevede un chiaro obbligo a carico dei lavoratori di munirsi di una apposita

tessera di riconoscimento. Infatti, gli artt. 18, comma 1, lettera u), 20 comma 3 e 26, comma 8 del citato decreto stabilisce che i lavoratori dell'impresa appaltatrice o subappaltatrice siano dotati di un tesserino di riconoscimento, precisando che l'eventuale inadempimento è assoggettato a sanzione amministrativa pecuniaria.

La legge n. 136/2010 "Piano straordinario contro le mafie, nonché delega al Governo in materia di normativa antimafia", nell'intenzione di contrastare le infiltrazioni mafiose nei cantieri, ha rafforzato tale obbligo prevedendo all'art. 5 "Identificazione degli addetti nei cantieri" che nella tessera di riconoscimento, prevista dal sopra richiamato d.lgs. 81/2008, dovrà essere precisata anche la data di assunzione e, in caso di subappalto, la relativa autorizzazione.

In tale contesto, parrebbe meritevole di considerazione ed altresì coerente con il principio di proporzionalità l'attivazione di sistemi informatici di controllo e registrazione automatica delle presenze nei cantieri, quale possibile elemento di contrasto a fenomeni di illegalità ed utile strumento per l'implementazione della verifica della regolarità contributiva e contrattuale, in un'ottica di contemperamento dell'esigenza di prevenire fenomeni di illegalità con la necessità di non limitare il principio generale della concorrenza tra gli operatori.

Fatta tale precisazione, si richiama quanto rilevato dalla Stazione appaltante al fine di evidenziare la mancanza della lesione del principio di libera concorrenza anche con riguardo ai non iscritti all'[...OMISSIS...], laddove l'assolvimento di tali prescrizioni risulterebbe previsto *"senza ulteriori costi a carico dell'iscritto ad altre sigle, sia in ordine all'iscrizione alla Cassa Edile [... OMISSIS ...] sia in ordine all'attivazione del badge di cantiere"*, rilevando, tra l'altro, che *"Questa soluzione, infatti, salvaguarderebbe, al contempo, da un lato, l'intento legalitario della Provincia più sopra evidenziato e, dall'altro, l'autonomia imprenditoriale dell'aggiudicatario non iscritto ad [... OMISSIS ...]"*.

La Provincia, in ottica propositiva, ha altresì rappresentato la disponibilità ad integrare il protocollo *"con un'intesa in cui l'aggiudicatario non aderente ad [... OMISSIS ...] si iscriverebbe, prima dell'inizio dei lavori e gratuitamente, alla Cassa Edile [... OMISSIS ...] e attiverebbe gratuitamente il badge di cantiere"*, precisando al riguardo che *"in questo modo, la soluzione prospettata, nell'ambito dei rapporti giuridici che qui interessano tra stazione appaltante e impresa, estranei alle dinamiche tra associazioni datoriali e tra queste e i loro iscritti, avrebbe il pregio di non gravare economicamente, ma neppure sindacalmente, sul vincitore e assicurerebbe, parimenti, la partecipazione ad una azione di legalità molto cara a questo Ente"*, che renderebbe maggiormente esplicito il carattere proporzionato degli adempimenti in esame anche con riguardo ai non iscritti all'[... OMISSIS ...].

Inoltre, si ritiene di valutare positivamente, nell'ottica di apertura e disponibilità nei confronti del segnalante, la manifestata volontà di consentire l'introduzione nel protocollo di diverse formule al posto del badge di cantiere, purché supportate da *"comprovati e idonei strumenti alternativi di controllo del cantiere"*.

Le considerazioni in merito alla coerenza del protocollo con i principi di concorrenza, risultano, altresì, confermate dalla stessa [... OMISSIS ...].

Nel caso di specie, avendo a mente quanto sopra richiamato in ordine alla gratuità dell'adempimento in esame, si ritiene conclusivamente di poter assumere che detta iniziativa, positivamente vagliata dalla competente Prefettura, sia da intendersi come attuazione della volontà di dotare i cantieri di uno strumento di controllo più funzionale rispetto al mero tesseramento obbligatorio dei lavoratori, in grado di monitorare in tempo reale le condizioni di lavoro e salariali di ogni singolo dipendente impegnato nei cantieri, introducendo in tal modo un presidio contro il lavoro irregolare e la concorrenza sleale, rafforzando di conseguenza la legalità e la sicurezza del settore, anche nell'ottica di contrasto ai tentativi di infiltrazione della criminalità organizzata nei luoghi di lavoro.

L'iniziativa in esame, per quanto sopra, non pare altresì comportare, come asserito dall'esponente, l'esclusione di una parte significativa del sistema imprenditoriale che non aderisce a tale sistema, attesa la

gratuità della stessa, tenuto peraltro conto dell'apertura dimostrata dalla Provincia a garantire eventualmente anche l'adozione di diverse formule al posto del badge di cantiere, purché analogamente idonee a garantire i necessari controlli sui cantieri.

Conclusivamente, si ritiene che la contestata previsione contenuta nel protocollo in oggetto non determini effetti irragionevolmente distorsivi della concorrenza, né tantomeno introduca prescrizioni in violazione dei principi di massima partecipazione e proporzionalità, atteso che detta previsione riguarda condizioni di esecuzione, come tali non immediatamente escludenti, tenuto conto altresì che l'aggiudicatario non aderente ad [... OMISSIS ...] potrà utilmente attivare il badge di cantiere iscrivendosi gratuitamente alla Cassa Edile [... OMISSIS ...].

Tale onere, peraltro, va necessariamente contemperato con le esigenze rappresentate dalla Provincia di Latina, principiando dalla finalità, significata e condivisa con la competente Prefettura, di garantire nei cantieri la massima prevenzione e sicurezza nei cantieri, adottando di conseguenza ogni utile strumento in grado di rafforzare i principi generali di trasparenza e legalità.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia