

**AG 55/13**  
06/11/13

**Oggetto:** Istanza di parere, ai sensi dell'art. 69, comma 3, del D.Lgs. n. 163/2006 - Comune di Bologna – Bando di gara per l'affidamento del servizio di manutenzione del verde pubblico - Clausola sociale di imponibile di manodopera – Clausola sociale di assunzione di soggetti svantaggiati – Compatibilità con il diritto comunitario

Con nota pervenuta in data 13 ottobre 2013, prot. 98372, il Comune di Bologna 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, ai sensi dell'art. 83 del Codice, per l'affidamento del servizio manutentivo del verde pubblico di proprietà o nelle disponibilità dell'amministrazione comunale, di durata quinquennale per un importo complessivo di € 33.522.068,50, oltre a oneri di legge.

Codesto Comune afferma di voler inserire nel bando di gara una clausola che prevede una "misura di salvaguardia delle possibilità di occupazione, volta alla tutela di coloro che appartengono a categorie di persone tradizionalmente più deboli nell'ingresso del mercato del lavoro", indicando in questa categoria le persone disabili, con problemi di disagio psichico e di dipendenze psicologiche, detenuti, oltre che i lavoratori ultracinquantenni disoccupati di lungo periodo e adulti soli con figli a carico.

Scopo dichiarato dell'amministrazione istante, come individuato dal Consiglio comunale, è quello di inserire nell'appalto di manutenzione del verde comunale, per tutta la durata quinquennale del rapporto contrattuale, uno stabile ed effettivo strumento a favore dell'occupazione di alcune categorie di cittadini in condizione di svantaggio sociale.

Codesta Amministrazione, con separata nota, ha rimesso all'Autorità, a corredo della propria istanza, ulteriori documenti quali il bando di gara, il capitolato speciale di appalto e tutti i documenti tecnici allegati, nonché la determina a contrarre ai fini della valutazione della istanza medesima, sottoponendo altresì un quesito circa la legittimità della ulteriore previsione del bando, tra i criteri di valutazione dell'offerta tecnica, della predisposizione di programmi di assunzione di personale svantaggiato.

In merito alla predetta istanza il Consiglio dell'Autorità nell'Adunanza del 6 novembre 2013 ha assunto le seguenti determinazioni.

In via preliminare, si rammenta 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 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.

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 predisposta clausola prevede la seguente formulazione: “L’appaltatore, qualora abbia l’esigenza di disporre di ulteriori maestranze rispetto a quelle di cui si avvale per lo svolgimento delle attività rientranti fra quelle oggetto del contratto, si impegna in via prioritaria a valutare l’assunzione delle maestranze che operavano alle dipendenze dell’appaltatore uscente, da lui individuate come idonee, qualora ciò sia coerente con la propria organizzazione di impresa.

L’appaltatore è tenuto, nello svolgimento delle Attività dei servizi relativi al verde, all’impiego stabile di persone svantaggiate di cui all’art. 4, comma 1, della l. 8 novembre 1991, n. 381, di cui all’art. 2 (numeri 18 e 19) del Regolamento CE n. 800/2008 della Commissione del 6 agosto 2008. Il numero delle persone svantaggiate così impiegate non potrà essere inferiore al 10% del numero complessivo dei lavoratori effettivamente utilizzati per l’esecuzione dei predetti servizi.

/L’Appaltatore è tenuto altresì ad adottare, in relazione agli stessi soggetti, specifici programmi di recupero ed inserimento lavorativo. /Tali programmi dovranno essere consegnati all’Amministrazione entro 90 giorni dalla stipulazione del contratto per la loro approvazione. / L’amministrazione si riserva ogni più ampia facoltà di richiedere integrazioni e modificazioni degli stessi programmi. / L’obbligo di impiego delle persone svantaggiate dovrà essere integralmente perfezionato entro e non oltre il termine di 30 giorni dalla comunicazione di approvazione dei programmi di inserimento lavorativo” (art. 15 Capitolato speciale d’appalto, Bozza). Nella sistematica dell’articolato, tale clausola appare inserita all’interno dell’art. 15, ove sono esplicitati gli obblighi e gli oneri contrattuali a carico dell’appaltatore per l’espletamento delle prestazioni. Con specifico riguardo alle particolari condizioni di esecuzione in concreto richieste, si evidenzia che l’Amministrazione precedente ha previsto una clausola ispirata alla promozione e alla valorizzazione di esigenze sociali, quali l’inserimento lavorativo di soggetti svantaggiati.

A quanto consta, la proposta clausola è collocata all’interno del solo Capitolato speciale di appalto. Appare utile sottolineare 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, oltre che nel Capitolato speciale anche nel Bando di gara e nel Disciplinare di gara; che alla clausola deve essere data adeguata e autonoma evidenza, espungendola dall’articolo in cui è attualmente inserita e trasposta in un articolo specifico intestato alla “clausola sociale” o espressione equivalente; e che una clausola di identico tenore deve essere opportunamente riportata nello Schema di contratto. Infatti, giacché tali clausole implicano elementi di parziale deroga alla disciplina concorrenziale, ragioni di opportunità sostanziale inducono a suggerire una formulazione auto-evidente, espressa e facilmente individuabile della stessa, tale che essa si possa identificare, con apposita evidenza in tutti gli atti di gara. Sembra opportuno, dunque, rammentare alla Stazione appaltante che analoga attenzione deve essere prestata affinché gli

operatori economici concorrenti dichiarino in sede di offerta di accettare le condizioni particolari di esecuzione.

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 poter essere ammesso alla gara. Il bando, tuttavia, stabilisce uno specifico criterio di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, attribuendo una parte del punteggio premiale all'offerente che voglia fornire prestazioni aggiuntive per servizi non previsti e ulteriori rispetto al minimo. A tal riguardo, fermo restando che la determinazione dei criteri di valutazione scelti e dei rispettivi punteggi rientra nella competenza della stazione appaltante, qualificandosi come esercizio di una funzione discrezionale, l'Autorità esprime un parere favorevole limitatamente al profilo della proporzionalità e adeguatezza del criterio prescelto, nonché relativamente alla compatibilità di siffatti punteggi con la clausola sociale in esame.

Nel merito, la suddetta clausola richiede un separato confronto con i principi comunitari, volti a presidio del corretto svolgersi delle dinamiche concorrenziali nel mercato.

Preme osservare, preliminarmente, che la clausola si articola in una serie, articolata e complessa, di oneri e criteri, sub specie di tutela dei livelli occupazionali e di inserimento di soggetti svantaggiati. Essa detta, in altri termini, una duplice condizione: la prima volta all'inserimento delle maestranze del precedente appalto; la seconda, volta all'impiego stabile di soggetti svantaggiati di cui all'art. 4, comma 1, della l. 381/1991, nonché del Regolamento CE 800/2008, nonché del Decreto del Ministero del Lavoro del 20 marzo 2013. Nella prima condizione, si prevede che, nella fase di reclutamento del personale per lo svolgimento della prestazione, l'impresa aggiudicataria debba assorbire prioritariamente il personale del precedente appaltatore; nella seconda, è previsto che l'aggiudicataria si rivolga a soggetti svantaggiati. La seconda condizione appare complessa in quanto è accompagnata da una individuazione della percentuale minima di lavoratori che dovranno essere assunti, nonché dalla precisazione di alcune modalità procedurali cui l'appaltatore si dovrà attenere, onde perfezionare l'adempimento dell'obbligo: in tal senso, è previsto che le assunzioni non potranno essere inferiori al 10% del numero complessivo dei lavoratori effettivamente utilizzati per l'esecuzione dei predetti servizi; e che l'appaltatore, in relazione a detti soggetti, dovrà adottare specifici programmi di recupero e inserimento lavorativo, i quali dovranno peraltro essere approvati dall'Amministrazione, alla quale devono essere consegnati entro un termine di 90 giorni dalla stipulazione del contratto. E' previsto inoltre un termine massimo di trenta giorni per il perfezionamento della comunicazione di approvazione dei programmi di inserimento lavorativo.

A tal riguardo, si osserva che la prima condizione assume le consuete sembianze della clausola sociale c.d. di imponibile di manodopera, che determina il riassorbimento del personale dal precedente affidatario del servizio. L'Autorità ha un consolidato orientamento sul punto, a tenore del quale l'obbligo di reperimento dei lavoratori dal precedente affidatario può essere consentito soltanto previa valutazione di compatibilità con l'organizzazione di impresa, nel duplice senso che sia il numero dei lavoratori sia la loro qualifica devono essere armonizzabili con l'organizzazione d'impresa della ditta aggiudicataria e con le esigenze tecnico-organizzative previste (ex multis, Parere AG 44/2013). La clausola sociale, infatti, non può alterare o forzare la valutazione dell'aggiudicatario in ordine al dimensionamento dell'impresa e, in tal senso, non può imporre un obbligo di integrale riassorbimento dei lavoratori del pregresso appalto, senza adeguata considerazione delle mutate condizioni del nuovo appalto, del contesto sociale e di mercato o del contesto imprenditoriale in cui dette maestranze si inseriscono. La condizione in parola appare in tal senso coerente con detto orientamento: essa afferma correttamente una mera priorità nell'assorbimento, "qualora ciò sia coerente con la propria organizzazione di impresa". Essa non

sembra prevedere, per come formulata, automatismi nell'applicazione dell'istituto e contempera espressamente l'obbligo di assunzione con la condizione che 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, tale formulazione appare, pertanto, conforme agli orientamenti della giurisprudenza sulle misure atte a favorire condizioni di concorrenzialità nel mercato e coerente con una lettura comunitariamente 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, inoltre, non impone (né potrebbe farlo) una determinata forma contrattuale, rimettendo tale scelta alla discrezionalità dell'aggiudicatario, e si limita ad affermare un mero diritto di precedenza dei lavoratori del precedente affidatario, attivabile ovviamente a parità di qualifiche ricercate dall'impresa.

Con riguardo alla assunzione di soggetti svantaggiati, questa Autorità ha, in altre occasioni, affermato che l'obbligo di impiegare lavoratori di tal genere, quale condizione di esecuzione dell'appalto, è conforme al disposto dell'art. 69 del Codice, 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 (oggi artt. 107 e 108 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea) agli aiuti di Stato in 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, la clausola in esame è da ritenersi compatibile con il diritto comunitario. Nel caso di specie, la previsione in esame andrebbe corretta in modo tale da renderla più conforme al diritto comunitario. Con riguardo alla complessità della clausola di impiego stabile di soggetti svantaggiati non sorgono perplessità ex se in relazione alla misura minima non inferiore al 10% del numero complessivo dei lavoratori utilizzati per l'esecuzione dei predetti servizi. Altrettanto compatibile appare la procedimentalizzazione degli oneri della condizione, tale per cui l'appaltatore è tenuto ad adottare specifici programmi di inserimento lavorativo, i quali devono essere prodotti all'amministrazione entro un termine di 90 giorni e dalla stessa verificati e approvati, eventualmente con modificazioni e integrazioni.

Si osserva tuttavia, a tal proposito, che la clausola sociale proposta – di imponibile di manodopera e, congiuntamente, di assunzione di personale svantaggiato – si sostanzia in realtà in due distinte condizioni di esecuzione. La somma delle due condizioni appare particolarmente gravosa per l'impresa e restrittiva della libertà di iniziativa economica dell'impresa new comer. Pertanto, andrebbe opportunamente riprodotta la formula del rispetto della facoltà dell'aggiudicatario di valutare la compatibilità con la propria struttura operativa e organizzazione di impresa e, comunque, dovrebbe essere indicata una preferenza esclusiva dell'amministrazione per l'una o per l'altra clausola.

In conclusione, le condizioni di esecuzione sottoposte all'esame di compatibilità ex art. 69 sono compatibili, nella formulazione rappresentata con il diritto comunitario e con i principi di parità di trattamento, non discriminazione e proporzionalità. La clausola dell'imponibile di manodopera è da ritenersi compatibile così come formulata. La clausola che richiama la prioritaria assunzione di soggetti svantaggiati appare compatibile nella misura in cui rispetti i canoni che l'Autorità ha riconosciuto compatibili con la libertà di iniziativa economica e, in particolare, purché la condizione di svantaggio si configuri nei limiti di cui al Regolamento CE 12 dicembre 2002, n. 2204. Il Comune di Bologna è tuttavia invitato – nel bando per il servizio di manutenzione del verde pubblico – ad optare per l'una o per l'altra clausola, senza prevedere una duplicità di condizioni.

Il Direttore generale  
Lorenza Ponzone