

Parere n.63 del 23/04/2013

PREC 255/12/S

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dalla società So.E.S. s.p.a.– “Affidamento in concessione del servizio di gestione dei parcheggi a pagamento pubblici senza custodia ubicati nel territorio del Comune di Formia” -. Importo a base d’asta €1.500.000,00 – S.A.: Comune di Formia (LT).

Obbligo di assunzione personale impiegato da precedente concessionario. Limiti di legittimità della clausola.

Il Consiglio

Vista la relazione dell’ufficio del precontenzioso

Considerato in fatto

In data 12 luglio 2012 è pervenuta l’istanza indicata in epigrafe con la quale la società So.E.S., in persona del suo rappresentante legale *pro-tempore*, ha chiesto un parere in merito alla legittimità delle clausole del bando che fissano in €1.500.000,00 l’importo annuo stimato per il servizio oggetto di gara da affidare in concessione (punto II.2.1)) – a suo dire palesemente antieconomico -, nonché alla legittimità dell’art. 10 del Capitolato speciale che prevede l’obbligo, per l’aggiudicatario, di assumere il personale impiegato dal precedente concessionario, ledendo in tal modo la concorrenza e la libertà di impresa.

La società So.E.S. s.p.a., dal 15.07.2011 ad oggi in regime di *prorogatio*, espleta presso il Comune di Formia il servizio di gestione dei parcheggi a pagamento pubblici senza custodia nelle vie e piazze cittadine. Ciò per essere risultata aggiudicataria della procedura negoziata per l’affidamento in via provvisoria del servizio indetta con determinazione del dirigente del Settore Polizia Locale n. 48 dell’01.06.2011.

Il Comune di Formia con determina n. 27 del 28.02.2012 ha indetto la gara d’appalto per l’affidamento in concessione del servizio in questione. Con il successivo chiarimento n. 1 del 19.03.2012 il Comune di Formia specificava che “*l’importo annuo pari a € 1.500.000,00 ...si intende riferito agli incassi ricavati dalla gestione della sosta e cioè dal fatturato specifico che il gestore introita dall’utenza a seguito della riscossione della tariffa della sosta*”; con chiarimento n. 9 del 15.05.2012, l’amministrazione specificava che “*l’importo a base di gara stimato pari a € 1.500.000,00 annui è inteso al netto di IVA*”.

La So.E.S. s.p.a., pur non avendo partecipato alla gara, evidenzia che l’importo annuo posto a base di gara non corrisponde agli effettivi incassi tratti dal servizio, riportando le somme incassate per l’anno 2009 (€ 939.441,00), 2010 (€ 886.392,44 presunto) e 2011 (€ 1.022.900,50 presunto), con una media di incassi negli ultimi tre anni di servizio pari a € 949.577,98 *oltre IVA* cui vanno detratte le spese fisse evidenziate in memoria. Ritiene pertanto che l’importo annuo posto a base di gara sia antieconomico, in violazione degli artt. 29 e 30 D.Lgs. 163/2006 e dei principi di *par condicio* e *favor participationis*.

In seguito all’istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 15 novembre 2012, sono pervenute memorie da parte della stazione appaltante - Comune di Formia - e della S.I.S. s.r.l., aggiudicataria.

In particolare, il Comune di Formia evidenzia che l’importo annuo a base di gara deriva da una stima prudenziale effettuata dall’amministrazione in ordine agli incassi probabili - come dimostrano le offerte pervenute dalle stesse ditte partecipanti che formulano previsioni di incassi superiori. Inoltre, la stazione appaltante afferma che la differenza tra la media di incassi negli ultimi tre anni di servizio pari a € 949.577,98 riportata da So.E.S. e l’importo quantificato a base di

gara risiede nel superiore numero di parcheggi – pari a 3.633 – messi a disposizione dell’aggiudicatario rispetto a quelli precedenti – pari a n. 2552 – come risulta dal confronto tra l’”Elenco aree in concessione alla Formia Servizi s.p.a. alla data dell’11.02.2010” allegato alla delibera di CC n. 8 del 15.02.2010 con l’”Elenco Aree da affidare in concessione” agli atti di gara, ai sensi dell’art. 6 del Capitolato Speciale di gara, approvato con determina n. 48 del 19.04.2012. In data 18.07.2012 (verbale n. 5) è stata dichiarata aggiudicataria la ditta S.I.S. s.r.l. In riscontro all’istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 15 novembre 2012, la stazione appaltante ha ribadito la legittimità del proprio operato.

Ritenuto in diritto

La prima questione controversa, oggetto del presente esame, concerne la valutazione, in termini di economicità, dell’importo annuo pari ad € 1.500.000,00 posto dal Comune di Formia a base di gara.

La censura deve essere respinta per quanto esposto in fatto. In particolare, la società istante pone a raffronto dell’importo di € 1.500.000,00, posto a base di gara, l’importo di € 949.577,98 che tuttavia non è confrontabile con il primo posto il notevole diverso numero di parcheggi oggetto delle due gestioni.

La seconda questione controversa, oggetto del presente esame, concerne la legittimità dell’art. 10 del Capitolato speciale che stabilisce che *“l’aggiudicatario avrà l’obbligo di assumere i lavoratori dipendenti dell’attuale concessionario nella misura di cui all’elenco e relativo monte ore lavorativo comunicato da quest’ultimo con nota... parte integrante del presente capitolato”*.

Come più volte chiarito da questa Autorità e da giurisprudenza costante, in sede di gara l’amministrazione è legittimata a introdurre nella *lex specialis* disposizioni atte a limitare la platea dei concorrenti, al fine di consentire la partecipazione alla gara stessa di soggetti particolarmente qualificati, specie per ciò che attiene al possesso di pregnanti requisiti di capacità tecnica e finanziaria, salvo che tale scelta sia eccessivamente e irragionevolmente limitativa della concorrenza, specie se destinata a predeterminare, in linea di fatto, il ventaglio dei possibili partecipanti (cfr. per tutti parere dell’Autorità 19 giugno 2008, n. 188 e tra le pronunce più recenti sull’argomento TAR Lazio, Roma, sez. I, 18 marzo 2009, n. 2790).

Nella fattispecie in esame, tuttavia, la clausola contestata non introduce una prescrizione che assurge a requisito minimo di capacità economico-finanziaria o tecnica che l’aspirante deve possedere per partecipare alla gara, per cui si possa parlare di legittimo esercizio da parte della stazione appaltante della facoltà ad essa riconosciuta di prevedere requisiti di partecipazione ulteriori ed eventualmente anche più severi rispetto a quelli previsti dal Codice dei contratti pubblici, né stabilisce uno specifico criterio di valutazione dell’offerta, in relazione alla qualità del servizio che si intende affidare.

È pur vero che in passato questa Autorità si espressa nel senso di ritenere illegittima la clausola di bando con cui si poneva a carico del concessionario l’obbligo di assumere il personale alle dipendenze della ditta uscente (Parere Avcp n. 44 del 27.02.2010). In particolare, l’Autorità aveva affermato che un siffatto obbligo potesse giustificarsi solo ove avesse trovato fondamento in specifiche disposizioni di legge o di contrattazione collettiva nazionale.

Più in generale, 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 *“1. Le stazioni appaltanti possono esigere condizioni particolari per l’esecuzione del contratto, purché siano compatibili con il diritto comunitario e, tra l’altro, 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’oneri. 2. Dette condizioni possono attere, in particolare, a esigenze sociali o ambientali”*.

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 capitolato*

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 deve 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. Esse pongono delle ipotesi esemplificative dalle quali si ricava che tali condizioni possono attenersi ad esigenze sociali o ambientali, ma anche ad altre esigenze perseguite dall'amministrazione, purché non in contrasto con i predetti principi comunitari (Parere sulla normativa 26 febbraio 2009, n. 4; Parere sulla normativa 7 maggio 2009, n. 15).

Tornando al caso di specie, si osserva che la clausola in contestazione 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 previsione in esame appare, dunque, compatibile con il diritto comunitario. Inoltre, detta clausola trova la sua giustificazione nell'esigenza di mantenere l'occupazione dei dipendenti assunti dal precedente concessionario. In tal senso si richiama una recente pronuncia di questa Autorità che, con il Parere sulla normativa del 13/03/2013 ha testualmente affermato che *"La clausola che per fini sociali, quali il mantenimento dei livelli occupazionale, richiami quale condizione particolare di esecuzione dell'appalto l'obbligo di utilizzare in via prioritaria i lavoratori del precedente appalto, a condizione che il numero e la qualifica degli stessi siano armonizzabili con l'organizzazione di impresa della ditta aggiudicataria e con le esigenze tecnico - organizzative previste per l'esecuzione del servizio, può ritenersi conforme ai principi del Trattato CE. Essa infatti, ove chiaramente prevista nel bando ed in tutti gli altri atti di gara come condizione per l'esecuzione e non come condizione per la partecipazione, non rappresentando un rigido vincolo operativo, non appare discriminatoria, né limitativa della libera concorrenza e risulta compatibile con il diritto comunitario ai sensi dell'art. 69, comma 3, del D.Lgs. n. 163/2006"*.

A livello europeo, pertanto, si registra un orientamento favorevole all'introduzione nei bandi di gara di clausole sociali idonee a realizzare obiettivi entrati a far parte ormai delle politiche comunitarie, quali a titolo esemplificativo il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, la protezione di un elevato livello di occupazione e di protezione sociale.

Con specifico riferimento, peraltro, all'ambito di applicazione del Codice dei contratti pubblici l'art. 2 comma 2 ammette espressamente la possibilità di derogare al principio di economicità per la salvaguardia dei c.d. interessi primari, tra i quali figurano anche le esigenze sociali.

Nel caso di specie, pur trattandosi di concessione di servizi, come tale sottratta all'applicazione integrale della disciplina prevista per i contratti pubblici ex art. 30 del d.lgs. n. 163/2006, trovano applicazione i principi del Trattato richiamati al comma 3 della medesima disposizione, tra i quali quelli di non discriminazione e parità di trattamento, con la conseguenza che essi non possono non costituire parametri vincolanti per valutare la legittimità della clausola occupazionale che ci occupa.

Né può trovare accoglimento la soluzione prospettata dall'istante nella parte in cui essa sia sorretta con argomenti tratti dal citato parere Avcp n. 44/2010, in quanto il valore della clausola sociale di cui si controverte (clausola di garanzia occupazionale) non può non essere valutato con riferimento al contesto economico e sociale nel quale il contratto deve trovare esecuzione, avendo cura di cogliere gli aspetti emergenziali che devono prevalere in un dato momento storico.

Ne deriva che la grave crisi economica degli ultimi anni, fronteggiata dal governo italiano con

onerose misure di *spending review*, costituisce di certo un valido parametro di valutazione da tenere in considerazione nell'esame del caso di specie.

Pertanto, sebbene la clausola *de qua* non trovi immediato fondamento in alcuna disposizione normativa o di contrattazione collettiva, essa costituisce comunque espressione di un'esigenza sociale meritevole di tutela e deve considerarsi legittima, anche alla luce degli orientamenti di matrice europea sopra richiamati.

Pertanto, allo stato degli atti, deve ritenersi che la clausola in esame sia legittima nei limiti di cui in motivazione, essendo pienamente conforme ai principi di matrice comunitaria e alle ragioni di opportunità sopra richiamate.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'importo annuo pari ad € 1.500.000,00 posto dal Comune di Formia a base di gara non sia antieconomico e che l'obbligo di assunzione del personale impiegato dal precedente concessionario, imposto dalla *lex specialis* di gara, sia legittimo in quanto conforme ai principi di matrice comunitaria e alle ragioni di opportunità richiamate in motivazione.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Sergio Gallo

Il Presidente: Sergio Santoro

*Depositato presso la Segreteria del Consiglio
in data 14 maggio 2013*

Il Segretario Maria Esposito