

fiscale precedente la scadenza del termine triennale e l'importo medio annuale della cifra di affari in lavori accertata in sede di attestazione originaria.

I dati presenti nel sistema hanno consentito di elaborare i grafici di Fig. 3 e di Fig. 4. Il primo si riferisce agli attestati validi per i quali non è ancora decorso il triennio e per i quali valgono le formule sopra riportate. Il secondo, invece, si riferisce agli attestati per i quali è stata effettuata la verifica triennale e per i quali è accettata la tolleranza del 25%. I due grafici evidenziano, per ciascuna SOA, la percentuale di attestati per i quali non risulta verificata la corrispondenza tra la cifra d'affari - reale o rideterminata - con le classifiche ottenute e che postulano la necessità di specifici accertamenti.

Fig. 3 - Cifra d'affari in lavori - Percentuale di attestati rilasciati non conformi alle previsioni dell'art. 79, D.P.R. 207/2010 - triennio in corso

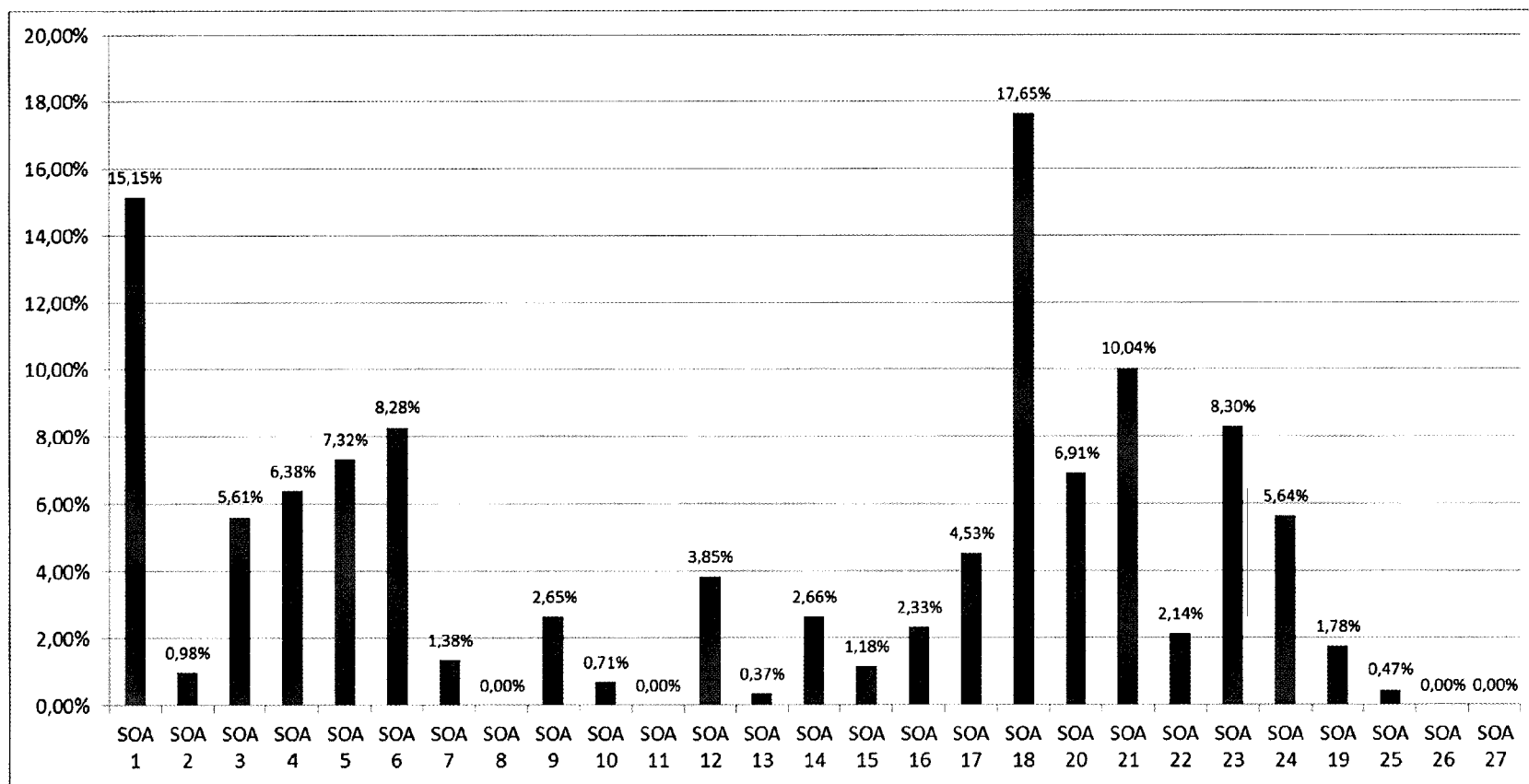
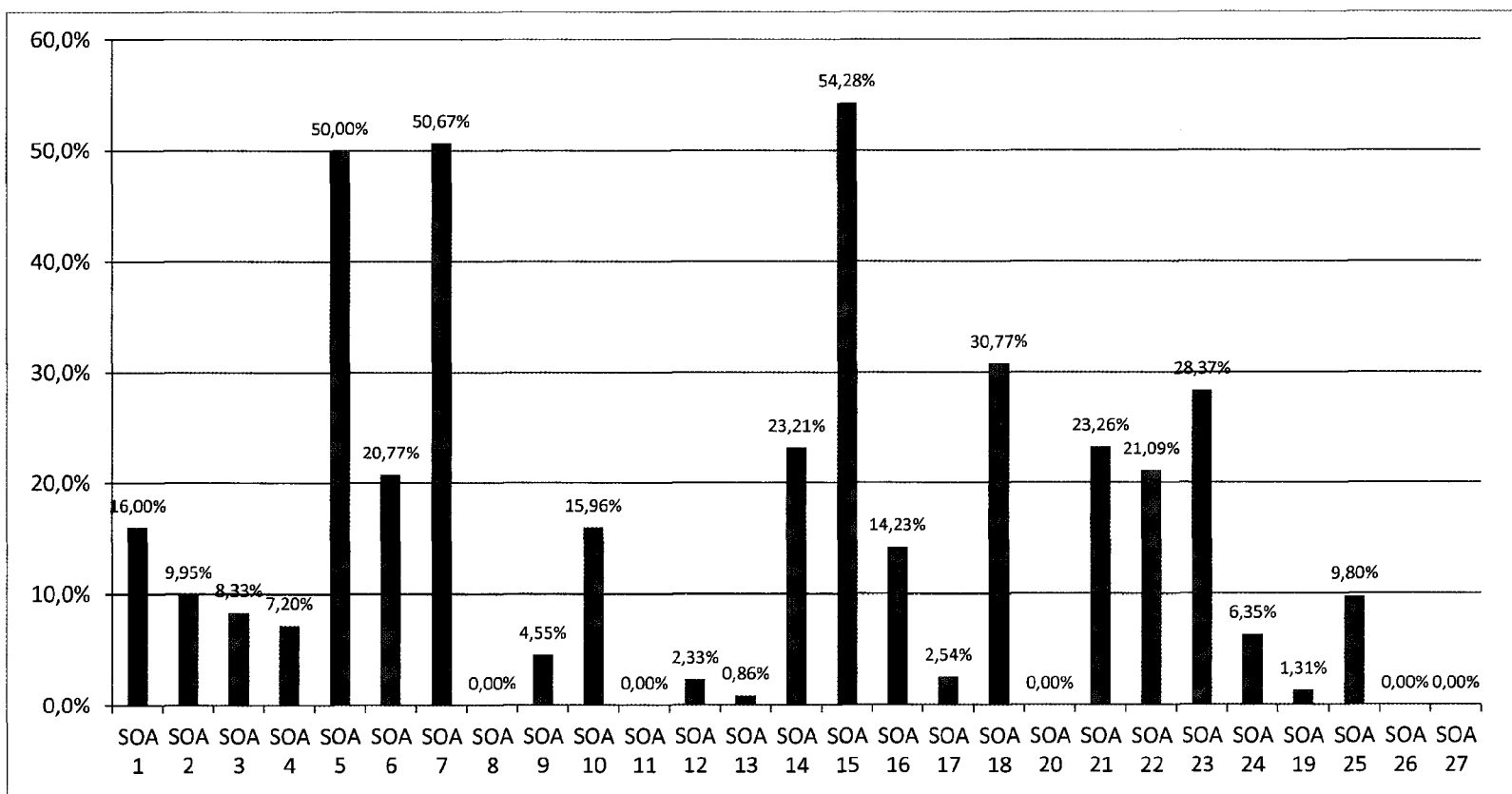


Fig. 4 - Cifra d'affari in lavori - Percentuale di attestati rilasciati non conformi alle previsioni dell'art. 79, D.P.R. 207/2010 - triennio scaduto



### **8.3.3 Lavori eseguiti non rispondenti, per classifica, alla qualificazione ottenuta.**

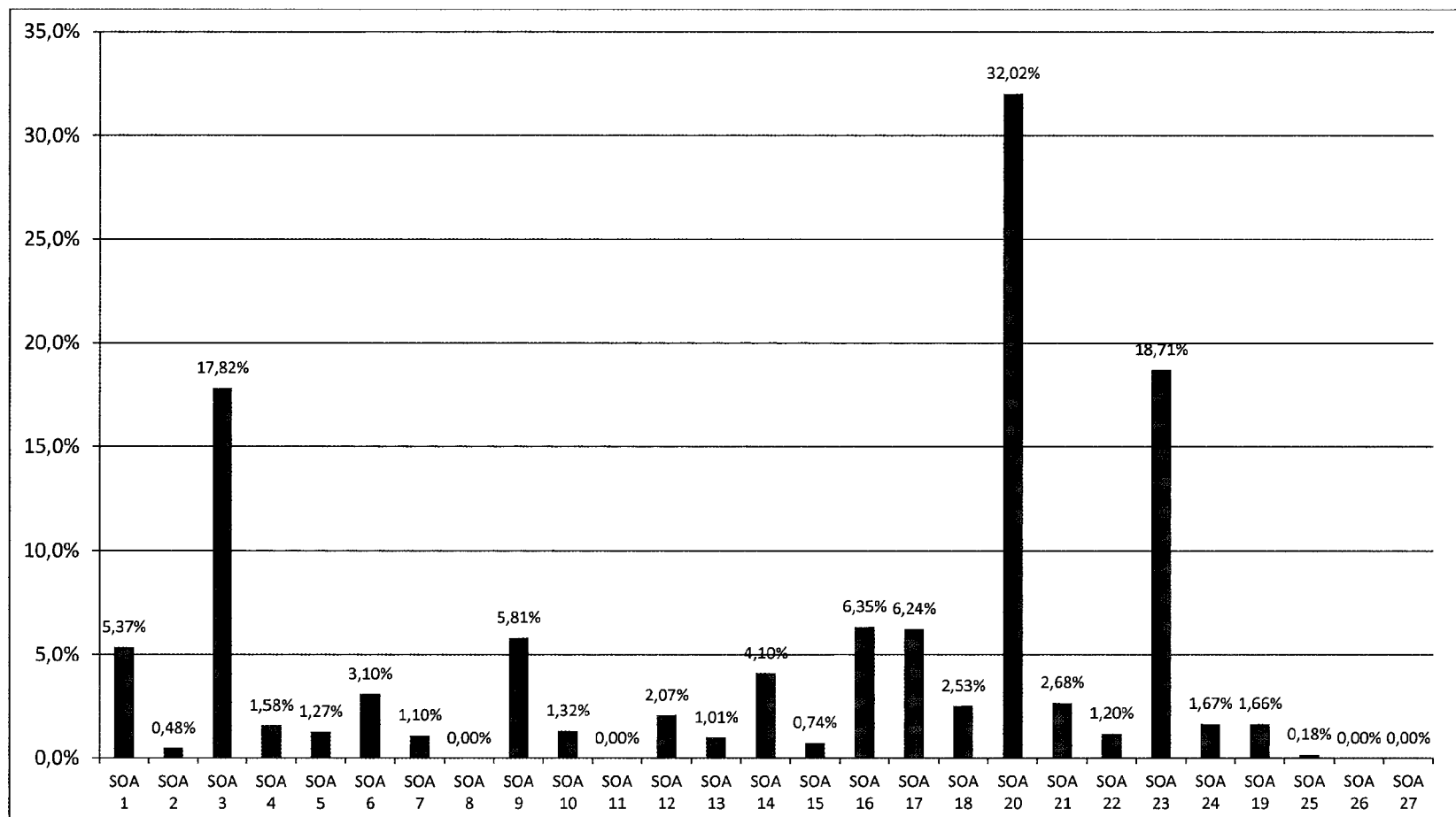
La valutazione dell'adeguata idoneità tecnica riferita alla pregressa capacità nell'esecuzione dei lavori è operata dalle SOA con riferimento a quanto specificatamente indicato all'art. 79, co. 5, lettera b), in virtù del quale le imprese dimostrano "l'esecuzione di lavori, realizzati in ciascuna delle categorie oggetto della richiesta, di importo non inferiore al 90% di quello delle classifica richiesta"; in altre parole il rapporto percentuale tra l'importo dei lavori eseguiti dall'impresa nell'ultimo quinquennio in una determinata categoria e la classifica di qualificazione ottenuta nella corrispondente categoria non deve risultare inferiore a 90%.

Il grafico (Fig. 5) riporta, per ciascuna SOA, in termini percentuali i casi in cui non risulta soddisfatto il requisito del 90%, rispetto al complesso degli attestati rilasciati dalla stessa SOA. Il valore medio di tutte le percentuali è 21,92%.

I dati del grafico, relativi ai diversi Organismi di Attestazione, mostrano in ogni caso situazioni singolari per alcune SOA (valori percentuali troppo piccoli o grandi) e ciò in termini statistici risulta di non agevole spiegazione. Infatti, eventuali errori o inidonee interpretazioni delle informazioni acquisite dalle imprese, tipici di un eventuale carattere fisiologico e non patologico del sistema, dovrebbero distribuirsi in maniera uniforme per tutte le SOA.

Tuttavia, va precisato che le informazioni sin qui riportate provengono da elaborazioni di dati comunicati da ciascuna SOA, la cui rispondenza alla reale situazione potrà essere valutata soltanto dopo l'accertamento dei dati trasmessi e le puntuali verifiche documentali da parte dell'Autorità, tutt'ora in corso.

Fig. 5 - Lavori eseguiti - Percentuale di attestati rilasciati da ciascuna SOA riguardanti lavori con importi inferiori al 90% della classifica ottenuta



## CAPITOLO IX

### L'ATTIVITA' CONSULTIVA E IL PRECONTENZIOSO

#### 9.1 L'attività consultiva

L'attività consultiva dell'Autorità ha affrontato, nel corso dell'anno 2013, numerosi aspetti relativi alla contrattualistica pubblica. Si segnala, in questa sede, una selezione dei pareri più significativi e di quelli che assumono rilevanza generale per l'interpretazione della normativa e per i risvolti pratici sulle problematiche più ricorrenti e di maggiore rilievo.

In un primo caso, l'AVCP è stata chiamata a pronunciarsi in merito alla disciplina dei consorzi stabili (Parere sulla normativa 30 luglio 2013, n. 7).

In particolare, è stato affrontato un quesito sulla legittimità della modifica soggettiva delle ditte esecutrici, facenti parte di un consorzio stabile, che partecipava, in qualità di mandatario, ad un RTI ordinario. Si presentava il caso in cui, nell'ambito di un appalto di lavori aggiudicato a un RTI formato da un consorzio stabile quale mandatario e da una società cooperativa a responsabilità limitata quale mandante, il consorzio stabile aveva chiesto - a seguito dell'aggiudicazione definitiva e prima dell'inizio dei lavori - di poter sostituire una delle imprese indicate in sede di offerta quali esecutrici con un'altra impresa socia, pur sempre qualificata per l'esecuzione dei lavori. Rappresentava l'istante che la SA aveva, infatti, respinto la richiesta del consorzio stabile, adducendo l'immodificabilità della compagine e la circostanza della avvenuta valutazione della stessa nel procedimento di selezione.

Il quesito richiedeva, in sostanza, di verificare se la modifica interna di un soggetto associato, quale il consorzio stabile che - a sua volta - partecipa ad un RTI, possa rilevare alla stregua di un mutamento del Raggruppamento stesso, sotto il profilo della modifica qualitativa nella esecuzione dell'appalto; e domandava, inoltre, di verificare come si debba intendere il fatto che il legislatore ha affermato il principio della immodificabilità delle imprese già designate solo con riferimento ai

**Modifiche  
soggettive  
nei consorzi  
stabili**

Raggruppamenti Temporanei di Imprese ed ai consorzi ordinari di concorrenti (art. 37), omettendo di contemplare analoga disciplina con riferimento ai consorzi stabili (art. 36). Da un lato, infatti, nell'art. 37 del Codice è espressamente previsto che è vietata qualsiasi modificazione alla composizione dei raggruppamenti temporanei e dei consorzi ordinari di concorrenti rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta (art. 37, co. 9); dall'altro, al contrario, nell'art. 36 del Codice, relativo ai consorzi stabili, non è contemplata una disposizione analoga, né un rinvio alla disciplina *de qua*. Tale silenzio normativo suggerirebbe - secondo il soggetto istante - che il legislatore, non avendo espressamente riprodotto il divieto di cui sopra anche nell'art. 36, abbia ritenuto applicabile ai consorzi stabili una disciplina diversa, che tiene conto della loro peculiarità.

L'Autorità, richiamando propri precedenti, ha rilevato, preliminarmente, che il consorzio stabile è una figura che prevede la possibilità di costituire strutture aggregative stabili, dotate di soggettività giuridica e autonoma qualificazione, e abilitate alla partecipazione alle gare di lavori pubblici e l'esecuzione degli stessi (Determinazione 9 giugno 2004, n. 11); ciò posto, ha evidenziato che - a differenza delle società riunite che realizzano una mera contitolarità del rapporto obbligatorio derivante dal contratto - il consorzio stabile realizza una nuova struttura soggettiva, che si presenta quale unica titolare del rapporto: pertanto, eventuali mutamenti interni della struttura rilevano come modifiche di rapporti interorganici interni alla struttura, senza assumere valenza intersoggettiva a rilevanza esterna. A differenza delle riunioni temporanee di imprese, infatti, il Consorzio è l'unica controparte del rapporto di appalto sia nella fase di gara che in quella di esecuzione del contratto e, in relazione alle singole consorziate, opera sulla base di un rapporto organico.

Anche alla luce di precedenti specifici, l'Autorità ha sottolineato che nel caso in cui il consorzio designi l'impresa esecutrice, tale designazione è un atto meramente interno al consorzio, che non vale in alcun modo ad instaurare un rapporto contrattuale tra la consorziata e la SA. E anche la designazione della consorziata per l'esecuzione dei lavori è un atto

rilevante solo nei rapporti interni tra il Consorzio e le sue consorziate: tale atto determina unicamente una distribuzione interna di responsabilità non opponibile ai terzi (Parere sulla normativa 7 marzo 2013).

Sulla scorta di ciò, l'Autorità ha concluso che le modifiche soggettive di un consorzio stabile, partecipante come mandatario in un RTI ordinario, assumono un rilievo meramente interno, qualificabile alla stregua di un rapporto interorganico, e non mutano in alcun modo la partecipazione soggettiva del consorzio stabile al raggruppamento temporaneo aggiudicatario di un appalto pubblico, anche laddove questo rivesta la qualità di mandatario. Tale modifica soggettiva infatti non incide sul soggetto partecipante e/o esecutore, che rimane immutato e non incorre, per ciò solo, in una violazione del principio di immodificabilità soggettiva dei partecipanti, né in quello di immodificabilità del raggruppamento temporaneo di imprese.

La tematica dei consorzi stabili, e dunque l'approfondimento dell'interpretazione e della corretta applicazione della disciplina dell'art. 37, ha interessato l'Autorità anche sotto l'ulteriore profilo della legittimità della modifica soggettiva delle ditte esecutrici rispetto a quelle partecipanti alla gara nel caso di consorzi stabili e di consorzi di cooperative di produzione e lavoro (Parere sulla normativa 9 ottobre 2013). Il quesito sottoposto all'Autorità riguardava, più specificamente, la modificabilità soggettiva nei contratti pubblici dei consorzi di società di cooperative di produzione e lavoro, soggetti contemplati dal Codice all'art. 34, co. 1, lett. b), ma non destinatari di propria disciplina. Si chiedeva pertanto di valutare se, quanto alla modificabilità soggettiva, tali soggetti debbano essere assimilati, in via interpretativo-analogica, alla categoria dei consorzi stabili oppure a quella dei consorzi ordinari ovvero ancora se essi configurino un *tertium genus*. Il tema pare particolarmente delicato: da un lato, infatti, l'art. 34, co. 1, lett. b) prevede - tra i soggetti a cui possono essere affidati i contratti pubblici - i consorzi tra società cooperative di produzione e lavoro, costituiti a norma della L. 25 giugno 1909, n. 422 e del D.lgs C.p.S. 14 dicembre 1947, n. 1577 s.m.i., e i consorzi tra imprese artigiane di cui alla L. 9 agosto 1985, n. 443, d'altro lato, l'art. 37, che detta

la disciplina per i raggruppamenti temporanei di imprese e consorzi ordinari di concorrenti, riserva ai soggetti di cui all'art. 34, co. 1, lett. b) una disciplina specifica, affermando che *"sono tenuti a indicare, in sede di offerta, per quali consorziati il consorzio concorre; a questi ultimi è fatto divieto di partecipare, in qualsiasi altra forma, alla medesima gara; in caso di violazione sono esclusi dalla gara sia il consorzio, sia il consorziato; in caso di inosservanza di tale divieto, si applica l'art. 353 del codice penale"*. La relativa disciplina, pertanto, pur essendo collocata - sotto il profilo sistematico - nell'articolo dedicato ai raggruppamenti temporanei di imprese e ai consorzi ordinari di concorrenti, appare più simile a quella che invece il Codice dedica ai consorzi stabili, di cui all'art. 36. La simmetria è, inoltre, evidente laddove si ponga mente alla norma che presiede alla partecipazione dei consorzi stabili alle gare, che prevede che questi *"sono tenuti a indicare in sede di offerta per quali consorziati il consorzio concorre; a questi ultimi è fatto divieto di partecipare, in qualsiasi altra forma, alla medesima gara; in caso di violazione sono esclusi dalla gara sia il consorzio, sia il consorziato; in caso di inosservanza di tale divieto si applica l'articolo 353 del codice penale"* (art. 36, co. 5). Peraltro, tale analogia appare confermata anche dalla norma di cui all'art. 35 ove - con riguardo ai requisiti di idoneità tecnica e finanziaria - i consorzi di cooperative e i consorzi stabili sono destinatari della medesima disciplina per la comprova finalizzata all'ammissione alle procedure di gara *"secondo quando previsto dal regolamento, salvo che per quelli relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo, che sono computati cumulativamente in capo al consorzio, ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate"*.

Evidenziate le suddette singolarità normative e ripercorsi i propri precedenti in materia, l'Autorità consolida il proprio orientamento secondo cui appare pacifica l'assimilazione dei consorzi di cooperative di produzione e lavoro ai consorzi stabili, sottolineando altresì che sotto il profilo sostanziale, l'analogia di disciplina tra i consorzi stabili e i consorzi di cooperative appare costituzionalmente conforme, in quanto realizza - per la partecipazione agli appalti pubblici - una di quelle forme di incentivazione alla mutualità che la Costituzione assegna alla legge per

promuovere e favorire l'incremento della funzione sociale della cooperazione.

Alla luce di tali considerazioni, l'Autorità afferma che la normativa dettata per i consorzi stabili all'art. 36 è applicabile analogicamente al caso delle cooperative di produzione e lavoro, in virtù della loro identità ontologica. In tal senso, deve considerarsi consentita, in quanto legittima, la modifica soggettiva, anche in senso additivo, aggregando nuovi soggetti in aggiunta o in sostituzione, rispetto a quelli indicati in sede di gara.

Tale conclusione è, inoltre, corredata da corollari volti a scongiurarne un'errata applicazione. L'Autorità precisa, infatti, che l'apertura interpretativa nel senso della modificabilità soggettiva dei consorzi stabili (e dei consorzi di cooperative di produzione e lavoro) non può consentire di configurare una facoltà rimessa al mero arbitrio del concorrente, al quale sarebbe così consentito di modificare senza alcun limite e in via ordinaria in corso di esecuzione i soggetti indicati in fase di gara.

Ne discende, in primo luogo, che tali modificazioni non possono servire a eludere i controlli che la SA deve operare sui soggetti partecipanti alla gara e sul soggetto aggiudicatario, e le modifiche sono consentite soltanto per motivi sopravvenuti e non certo per motivi già sussistenti al momento della gara: non è, ammissibile infatti, un comportamento del consorzio preordinato a sottoporre a controlli determinate imprese, perché poi siano sostituite in fase di esecuzione.

In secondo luogo, viene sottolineato che in nessun caso, può ritenersi consentita una modifica in fase di gara, per ovviare ad un provvedimento di esclusione che dipende dalla mancanza dei requisiti morali di un soggetto, candidatosi come concorrente: una interpretazione del genere sarebbe, infatti, in palese contrasto con il principio di parità di trattamento dei concorrenti.

Infine, si esplicita - quale pacifico principio di trasparenza - che, successivamente alla intervenuta modifica, le stazioni appaltanti devono procedere al controllo dei requisiti morali del soggetto intervenuto ed, eventualmente, procedere alla esclusione del consorzio, in caso di mancanza degli stessi.

In sintesi, vengono affermati i seguenti principi di diritto. Salvo quanto disposto all'art. 37, co. 18 e 19, è vietata qualsiasi modificazione alla composizione dei raggruppamenti temporanei e dei consorzi ordinari di concorrenti rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di gara; per i consorzi stabili, le modifiche soggettive delle ditte esecutrici rispetto a quanto dichiarato in sede di gara sono ammesse al di fuori dei suddetti limiti, ma non possono tuttavia considerarsi rimesse all'arbitrio dell'operatore economico; la disciplina dei consorzi stabili è applicabile anche ai consorzi di cooperative di produzione e lavoro e altre figure affini, in virtù delle disposizioni degli artt. 35, 36, 37 del Codice, ove tali soggetti sono assimilati - quanto alla disciplina - ai consorzi stabili; le modifiche soggettive sono consentite soltanto per motivi sopravvenuti e non devono configurare uno strumento per eludere il necessario controllo preventivo di moralità delle imprese in fase di gara, ex art. 38; in nessun caso, le modifiche soggettive sono ammesse per ovviare ad un controllo con esito negativo in fase di gara; le modifiche soggettive non sono ammesse in fase di gara ma possono intervenire tra la fase di gara e l'esecuzione; il controllo di moralità deve essere effettuato nei confronti delle nuove imprese intervenute; non sono ammissibili le designazioni c.d. "a cascata", rivolte a soggetti terzi, non concorrenti direttamente alla gara.

La qualificazione  
giuridica della  
Società  
Interporto

Una ulteriore rilevante espressione dell'attività consultiva dell'Autorità ha interessato la qualificazione giuridica della società Interporto Regionale della Puglia SpA individuato quale soggetto attuatore per la costruzione e gestione dell'ampliamento dell'interporto Bari Lamasinata da parte della Regione Puglia, anche ai fini della valutazione dell'affidamento diretto di servizi tecnici di progettazione operato dalla società Interporto a favore di un'impresa dalla stessa interamente posseduta. L'Autorità, nel parere sulla normativa del 26 settembre 2013, ricostruisce analiticamente il quadro normativo relativo alle infrastrutture denominate interporti, evidenziandone la genesi nella L. 4 agosto 1990, n. 240, e sottolineando che la L. 98/1995 ha parzialmente soppresso la previgente normativa, nella parte in cui stabiliva che la realizzazione e l'esercizio delle infrastrutture fossero affidati in concessione a enti pubblici e a società per azioni e ha

modificato l'art. 4, ai sensi del quale, nella versione novellata, l'erogazione dei contributi pubblici in favore del soggetto gestore, disposta con decreto interministeriale, è subordinata alla stipula di una convenzione, nella ricorrenza di alcune condizioni. Vengono poi evidenziati i numerosi precedenti in cui la giurisprudenza si è orientata verso la qualificazione di alcuni interporti quali organismi di diritto pubblico, in quanto è da ritenersi indubitabile che essi soddisfino bisogni di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale ed e, infine, si ricostruisce lo stato del disegno di legge quadro in materia di interporti, attualmente pendente presso le camere legislative, sul quale l'Autorità ha già espresso le proprie osservazioni in sede di audizione avanti alla Commissione IX Trasporti, poste e telecomunicazioni, avanzando in particolare perplessità sotto il profilo della qualificazione *ex ante* della natura giuridica dell'attività di gestione degli interporti (sganciata da una verifica concreta del ricorrere delle note condizioni).

Alla luce di ciò, in ragione del necessario accertamento in concreto delle condizioni per riconoscere la natura giuridica, l'Autorità opera una valutazione sui dati emergenti dallo Statuto dell'impresa e sulle circostanze di fatto inerenti la società Interporto Regionale della Puglia S.p.A., concludendo per la sussistenza sia dell'elemento oggettivo (attività riconducibile al settore dei trasporti) che dell'elemento soggettivo (natura di ente aggiudicatore della società Interporto in quanto operante in virtù di diritti esclusivi concessi dall'Autorità competente) ai fini della riconducibilità della fattispecie alla disciplina dei settori speciali di cui alla parte III del Codice appalti. Preso atto di ciò, rileva che l'art. 218, in applicazione del quale la società Interporto ha affidato in via diretta i servizi di progettazione definitiva ed esecutiva ad altra società dalla stessa interamente partecipata, sottrae all'applicazione del Codice dei contratti pubblici stipulati da un ente aggiudicatore con un'impresa collegata, purché il fatturato medio realizzato dall'impresa collegata negli ultimi tre anni realizzato nel campo dei servizi, o delle forniture o dei lavori provenga dalla fornitura di tali servizi, o dalla messa a disposizione di tali forniture o dall'esecuzione di tali lavori all'impresa cui è collegata.

L'Autorità evidenzia che detta norma - che riproduce quanto era già previsto nell'art. 8, co. 3, del D.lgs. 158/1995 per i soli appalti di servizi estendendolo anche agli appalti di forniture e lavori - introduce a beneficio degli enti aggiudicatori operanti nell'ambito dei settori speciali l'unica previsione normativa (giacché non vi è un'omologa norma per i settori ordinari) della possibilità di affidamento diretto di appalti in casi che sono riconducibili all'ipotesi di "*in house providing*". Ripercorso il cammino giurisprudenziale che ha condotto alla fissazione dei parametri indispensabili per l'integrazione dell'istituto dell'"*in house providing*" nell'ambito dei settori ordinari, l'AVCP dà atto che nel caso dei settori speciali, con l'art. 218, il legislatore ha fornito una definizione normativa di tali parametri ritenendo che il rapporto di immedesimazione tra ente affidante ed affidatario possa considerarsi realizzato quando, tra i due, vi sia un rapporto di collegamento così come definito dall'art. 3, co. 28 (in alternativa, o cumulativamente, detenzione della maggioranza del capitale sottoscritto, controllo della maggioranza dei voti cui danno diritto le azioni emesse dall'impresa, diritto di nominare più della metà dei membri del Consiglio di Amministrazione, direzione o di vigilanza dell'impresa) e quando il fatturato dell'ente affidatario sia stato realizzato per l'80% nei confronti dell'ente affidante. Alla luce di quanto sopra, l'affidamento diretto dei servizi di progettazione da parte della società Interporto ad una società interamente partecipata è ritenuto legittimo dall'Autorità nei limiti in cui siano rispettati i requisiti previsti dall'art. 218. La tematica viene ampliata anche sotto l'ulteriore profilo del regime applicabile agli appalti eventualmente affidati a terzi da parte della società di progettazione affidataria "*in house*". Al riguardo l'Autorità precisa che l'art. 218, nel codificare l'ammissibilità dell'affidamento *in house* alle imprese collegate, ha introdotto una deroga eccezionale al principio generale della necessità della procedura ad evidenza pubblica, limitandolo al caso del rapporto tra ente aggiudicatore ed impresa collegata. La legittimazione della deroga si fonda sulla valenza che il legislatore riconosce al rapporto di collegamento, in forza del quale l'impresa collegata si qualifica come una promanazione del soggetto aggiudicatore. Ad avviso dell'Autorità ciò comporta che, al di

fuori della deroga espressamente prevista per i rapporti tra ente aggiudicatore ed impresa collegata, qualora l'impresa collegata non esegua direttamente i servizi e/o i lavori affidatigli, essa è tenuta alla selezione dei terzi affidatari nel rispetto delle norme dell'evidenza pubblica, in quanto a sua volta, per il solo fatto di essere stata assegnataria diretta dei servizi e lavori dal soggetto aggiudicatore in assenza di gara, ha assunto essa stessa la funzione di ente aggiudicatore. Ciò trova conferma in quanto affermato dalla giurisprudenza del Supremo Consesso di Giustizia Amministrativa che, con riferimento all'art. 8, co. 3, del previgente D.lgs. 158/1995 ma sulla base di una argomentazione perfettamente replicabile per l'art. 218 del D.lgs. 163/2006, ha ritenuto che, con la conclusione del contratto previsto dall'art. 8, co. 3 (oggi, art. 218 del D.lgs. 163/2006), si determina una fattispecie legale in base alla quale l'amministrazione aggiudicatrice si avvale di una norma di legge e conferisce all'impresa collegata le proprie qualità soggettive attuando una delegazione intersoggettiva della funzione pubblica che essa svolge nei confronti di una sua *alter ego* avente distinta soggettività giuridica. In tal modo si determina una traslazione dell'obbligo-dovere di indire la gara con la conseguenza che il contratto con l'impresa collegata non può ridurre l'ambito di applicabilità della normativa pubblicistica sulla gara (Consiglio di Stato, sez. VI, n. 5007/2001).

Infine pare di interesse segnalare – per i profili di innovatività – un recente parere (parere sulla normativa del 6 novembre 2013) reso ai sensi dell'art. 69, co. 3, Codice. 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 attenersi, in particolare, a esigenze sociali o ambientali ed aggiunge, al comma 3, che la

**Reperimento di  
lavoratori da  
precedente  
affidatario**

SA che prevede tali condizioni particolari ha facoltà di comunicarle all'Autorità, al fine di ottenerne una pronuncia sulla compatibilità con il diritto comunitario.

Come si è anticipato, la decisione di merito dell'Autorità appare particolarmente innovativa. Nell'esame analitico della clausola, l'Autorità osserva, infatti, che essa 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, giungendo a dettare 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, co. 1, della L. 381/1991, nonché del Regolamento CE 800/2008 e del Decreto del Ministero del Lavoro del 20 marzo 2013. In particolare, 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; con riguardo alla seconda, l'Autorità osserva che appare complessa in quanto 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 e prevede inoltre un termine massimo di trenta giorni per il perfezionamento della comunicazione di approvazione dei programmi di inserimento lavorativo.

L'Autorità non obietta alcunché con riguardo al contenuto di merito delle due condizioni. Con riguardo alla prima condizione, l'Autorità ritiene che la stessa sia conforme al proprio consolidato orientamento, a tenore del quale l'obbligo 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. Analogamente, con riguardo alla seconda condizione, l'Autorità riconosce la conformità 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 e ravvisa alcuni correttivi utili ad una migliore compatibilità comunitaria.

L'occasione è tuttavia utile all'Autorità per osservare che la clausola sociale proposta - di imponibile di manodopera e, congiuntamente, di assunzione di personale svantaggiato - si sostanzia in realtà (per la prima volta) in due distinte condizioni di esecuzione e ritiene che la somma delle due condizioni sia particolarmente gravosa per l'impresa e restrittiva della libertà di iniziativa economica dell'impresa *new comer*. Tale constatazione è utile ad asserire che la SA è tenuta ad optare per l'una o per l'altra clausola, senza prevedere una duplicità di condizioni.

## 9.2 Il precontenzioso

L'istituto in parola nasce dalla volontà del legislatore di introdurre nel nostro ordinamento un meccanismo deflattivo del contenzioso relativo alle procedure di gara, volto a prevenire e tendenzialmente a ridurre il ricorso al giudice amministrativo. Secondo il dettato normativo (art. 6, co. 7, lett. n) del D.lgs.163/2006) l'Autorità "*su iniziativa della stazione appaltante e di una o più delle parti esprime parere non vincolante relativamente a questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara, eventualmente formulando una ipotesi di soluzione (...)*".

Si tratta, dunque, di una funzione di natura consultiva, in base alla quale l'Autorità, su iniziativa delle parti interessate, è chiamata ad esprimere un parere non vincolante relativamente a questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara.

Cenni  
introduttivi