

Gianni Di Pierri

Consigliere Comunale di

Policoro Futura

Comune di Policoro

All'Assessore ai Servizi Sociali

Al Sindaco

per il tramite del Presidente del Consiglio Comunale

Policoro, 03.08.2020

**Interrogazione a risposta scritta ai sensi dell'art. 19 co. 2 del Regolamento per il Funzionamento del Consiglio Comunale e delle Commissioni Consiliari e art. 43 D. Lgs. n. 267/2000.**

Il sottoscritto Gianni Di Pierri, consigliere comunale di Policoro Futura, con la presente interrogazione espone quanto segue :

In data 4/5/2020 il Comune di Policoro ha indetto procedura per l'affidamento del servizio di assistenza domiciliare per minori dei Comuni dell'Ambito Socio - Territoriale "Metapontino Collina Materana" - CIG: 8287986668, da aggiudicarsi mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

L'importo a base di gara veniva fissato in € 474.634,44.

Il termine di scadenza per la presentazione delle offerte veniva fissato alle ore 12.00 del 4/6/2020.

Alcuni operatori del settore segnalano la impossibilità di poter consapevolmente prendere parte alla selezione per assoluta illegittimità del bando di gara, tale da non consentire la formulazione di un'offerta seria e sostenibile.

Sulla questione oggetto della presente interrogazione risulta peraltro formulata dalla Cooperativa Alba Nuova una istanza di intervento all'Autorità Nazionale Anticorruzione.

In particolare, stando a quanto riferito dal precitato operatore economico, la Stazione Appaltante avrebbe inserito negli atti di gara una clausola sociale ritenuta illegittima sotto molteplici profili:

1) non è stato allegato l'elenco del personale dell'impresa uscente e non è stato fornito alcun dato che consentisse la formulazione dell'offerta;

2) la *lex specialis* prevedeva un generale ed indiscriminato obbligo di assorbimento di tutto il personale dell'impresa uscente, senza consentire la ponderazione tra la necessità di personale per l'esecuzione del nuovo contratto e la libertà di scelta organizzativa e imprenditoriale del nuovo appaltatore;

3) non è stata richiesta la presentazione del progetto di assorbimento, così come previsto dalla Linea Guida ANAC n. 13 "La disciplina delle clausole sociali".

In data 4/6/2020 è spirato il termine di presentazione delle offerte.

Nonostante la ritenuta palese illegittimità della *lex specialis* di gara, che ha determinato per più operatori l'impossibilità a partecipare alla procedura - non essendo evidentemente formulabile una consapevole e legittima offerta tecnica ed economica - la Stazione Appaltante (pur sollecitata in tal senso) non ha annullato la procedura di gara, né ha provveduto a pubblicare l'elenco del personale beneficiario della clausola sociale.

La *lex specialis* di gara viene contestata dagli operatori del settore come illegittima per le seguenti ragioni in diritto:

I) Violazione e falsa applicazione dell'art. 50 del D.Lgs. n. 50/2016. Violazione della Linea Guida A.N.A.C. n. 13 "La disciplina delle clausole sociali". Violazione dei principi comunitari in materia di clausola sociale. Violazione dei principi di buon andamento e *par condicio*. Ingiustizia manifesta.

Gli atti di gara sarebbero illegittimi in quanto contrastanti con la normativa in materia di clausola sociale.

*Il capitolato speciale d'appalto (pag. 9) dispone che "L'impresa aggiudicataria si obbliga a perseguire l'obiettivo della stabilità del rapporto di lavoro per il personale impiegato, impegnandosi alla salvaguardia del corretto inquadramento e trattamento economico in relazione alle mansioni richieste. Il presente appalto è sottoposto all'osservanza delle disposizioni vigenti in materia di salvaguardia dell'occupazione in caso di cessazione di appalto previste dal contratto collettivo di settore e dall'articolo 2112 del codice civile. A tal fine l'Impresa è obbligata a subentrare nei contratti di lavoro delle unità lavorative attualmente impiegate nei servizi oggetto del presente appalto".*

La clausola sociale – nei termini in cui è formulata - sarebbe illegittima in quanto, in primo luogo, implica un indiscriminato e generalizzato dovere di assumere tutto il personale dell'impresa uscente, senza consentire la ponderazione tra la necessità di personale per l'esecuzione del nuovo contratto e la libertà di scelta organizzativa e imprenditoriale del nuovo appaltatore.

La giurisprudenza amministrativa e comunitaria hanno da tempo chiarito che la clausola sociale deve consentire l'armonizzazione delle assunzioni del personale dell'affidatario "uscente" rispetto all'organizzazione imprenditoriale dell'aggiudicatario: *"l'apposizione di una clausola sociale agli atti di una pubblica gara ai sensi della disposizione del Codice dei contratti pubblici (art. 50) applicabile pro tempore, è costituzionalmente e comunitariamente legittima solo se non comporta un indiscriminato e generalizzato dovere di assorbimento di tutto il personale utilizzato*

*dall'impresa uscente, in violazione dei principi costituzionali e comunitari di libertà d'iniziativa economica e di concorrenza oltreché di buon andamento, e consente invece una ponderazione con il fabbisogno di personale per l'esecuzione del nuovo contratto e con le autonome scelte organizzative ed imprenditoriali del nuovo appaltatore*" (cfr. *ex multis*, Consiglio di Stato, Sez. III, 8/6/2018, n. 3471; Cons. Stato, Sez. III, nn. 2637/2015, 4274/2015, 5598/2015, 1255/2016, 2078/2017; Corte di Giustizia C-438/05, 341/05, 346/06, 319/06).

La clausola sociale in parola appare di conseguenza illegittima per violazione dei richiamati principi costituzionali e comunitari di libertà di iniziativa economica e di concorrenza.

II) Violazione e falsa applicazione dell'art. 50 del D.Lgs. n. 50/2016. Violazione della Linea Guida A.N.A.C. n. 13 "La disciplina delle clausole sociali". Violazione dei principi comunitari in materia di clausola sociale. Violazione dei principi di buon andamento e par condicio. Ingiustizia manifesta.

La *lex specialis* risulterebbe altresì illegittima in quanto la Stazione Appaltante ha previsto l'obbligo di assunzione del personale dell'impresa uscente, senza fornire tutti i dati essenziali relativi al personale impiegato nell'esecuzione della commessa.

È noto che "La S.A. deve fornire tutti i dati essenziali per consentire la formulazione dell'offerta" (cfr. delibera A.N.A.C. n. 679 del 28/6/2017; Cons. Giust. Amm. Sic., 20/12/2016, n. 474) per eliminare le asimmetrie informative fra i potenziali imprenditori entranti, posto che "l'imprenditore che già gestisce il servizio da affidare è necessariamente in possesso di tutte le informazioni sul numero degli addetti che impiega e sui relativi costi, ovvero delle informazioni che gli esterni non conoscono, e che però sono loro necessarie per concorrere alla gara con un'offerta sostenibile" (cfr. Consiglio di Stato, parere n. 2703/2018).

La Linea Guida n. 13 adottata dall'ANAC con delibera n. 114 del 13/2/2019 ha dunque previsto che "Allo scopo di consentire ai concorrenti di conoscere i dati del personale da assorbire, la stazione appaltante indica gli elementi rilevanti per la formulazione dell'offerta nel rispetto della clausola sociale, in particolare i dati relativi al personale utilizzato nel contratto in corso di esecuzione, quali: numero di unità, monte ore, CCNL applicato dall'attuale appaltatore, qualifica, livelli retributivi, scatti di anzianità, sede di lavoro, eventuale indicazione dei lavoratori assunti ai sensi della legge 12 marzo 1999, n. 68, ovvero mediante fruizione di agevolazioni contributive previste dalla legislazione vigente. È fatto salvo il diritto dei concorrenti di richiedere, in modo analitico, alla stazione appaltante i dati ulteriori ritenuti necessari per la formulazione dell'offerta nel rispetto della clausola sociale. Qualora la stazione appaltante non fosse in possesso dei dati richiesti, la stessa provvede a richiederli all'operatore uscente, prestando particolare attenzione all'anonimato delle richieste pervenute, e a renderli noti a tutti i potenziali concorrenti. Le stazioni appaltanti valutano inoltre la possibilità di inserire, negli schemi contrattuali, specifiche clausole che obbligano gli appaltatori a fornire le informazioni sul personale utilizzato nel corso dell'esecuzione contrattuale".

Una cooperativa - a quanto riferito allo scrivente - avrebbe formulato istanza di accesso agli atti per verificare se la Stazione Appaltante abbia mai richiesto siffatti dati all'aggiudicatario uscente ma l'istanza non risulta essere stata riscontrata.

Ciononostante, i termini di partecipazione sono spirati in data 4/6/2020: è evidente che le offerte che siano state eventualmente presentate potrebbero essere del tutto incongrue, essendo state formulate in assenza dei citati dati essenziali.

Per tale ragione **la presente interrogazione vale altresì quale istanza di accesso** finalizzata all'acquisizione della documentazione relativa alla predisposizione della clausola sociale e della corrispondenza con l'aggiudicatario uscente.

L'accesso è evidentemente finalizzato alla puntuale esecuzione delle proprie prerogative consiliari con specifico riferimento ad una fattispecie potenzialmente foriera di danni e risarcimenti con nocumento dell'Amministrazione stessa.

III) Violazione e falsa applicazione dell'art. 50 del D.Lgs. n. 50/2016. Violazione della Linea Guida A.N.A.C. n. 13 "La disciplina delle clausole sociali". Violazione dei principi comunitari in materia di clausola sociale. Violazione dei principi di buon andamento e par condicio. Ingiustizia manifesta.

Sotto ulteriore profilo, la clausola sociale parrebbe illegittima in quanto la Stazione Appaltante non ha richiesto la presentazione del progetto di assorbimento previsto dall'Autorità Nazionale Anticorruzione nelle linee guida n. 13 "La disciplina delle clausole sociali" (adottate con delibera n. 114 del 13/2/2019).

*L'Autorità ha infatti disposto che "La stazione appaltante prevede, nella documentazione di gara, che il concorrente alleggi all'offerta un progetto di assorbimento, comunque denominato, atto ad illustrare le concrete modalità di applicazione della clausola sociale, con particolare riferimento al numero dei lavoratori che beneficeranno della stessa e alla relativa proposta contrattuale (inquadramento e trattamento economico)" ed il cui rispetto deve essere oggetto di monitoraggio da parte della stazione appaltante durante l'esecuzione del contratto; tale "piano di compatibilità" deve, dunque, chiarire in che modo l'offerente intenda rispettare la clausola sociale e la compatibilità della clausola sociale con l'organizzazione aziendale da lui prescelta.*

Si sottolinea che la previsione di tale progetto è stata ritenuta doverosa dal Consiglio di Stato nel parere n. 2703 del 26/10/2018, in quanto "è in grado, da un lato, di consentire alla stazione appaltante di valutare l'effettiva volontà di rispettare la clausola, dall'altro offre maggiori garanzie al lavoratore, attraverso la previa individuazione degli elementi essenziali del contratto di lavoro".

La mancanza di tale previsione rende dunque ulteriormente illegittima la *lex specialis* di gara.

IV) La necessaria considerazione dell'impatto del COVID sui costi del personale.

Infine, ci si chiede se nella determinazione del costo del personale sia in alcun modo stato considerato l'impatto del COVID 19 sia in termini di formazione del personale che in termini economici. Lo stato emergenziale ha aperto un nuovo scenario (nonostante il bando fosse stato elaborato in piena emergenza) di cui l'amministrazione non sembra aver tenuto conto nella redazione della *lex specialis*, delegando completamente agli operatori economici la ricerca di soluzioni per formare adeguatamente il personale e destinare risorse per sicurezza e dpi con ulteriore aggravamento nella formulazione dell'offerta economica.

\*\*\*\*\*

Tutto quanto esposto sembra condurre alla evidenza di una procedura di gara per nulla allineata con i sopra riportati riferimenti normativi: si ritiene sia preciso compito di codesta pubblica amministrazione procedere secondo legittimità nel proprio operato.

Per di più, come riferito in premessa, sulla fattispecie oggetto della presente interrogazione sembra sia stata formulata apposita istanza all'ANAC finalizzata alla adozione di provvedimenti - ove occorra - ripristinatori della legittimità.

**Orbene, Vorrà - pertanto - fornirsi riscontro alla presente interrogazione mediante sollecito esame e chiarimento delle perplessità sopra manifestate e - medio tempore - valutarsi l'opportunità di riaprire i termini di partecipazione**, previa fornitura al mercato di tutte le informazioni necessarie alla formulazione di una offerta seria e consapevole, la sola che possa assicurare all'Amministrazione una serena acquisizione del servizio.

*Medio tempore, vorrà altresì valutarsi in ogni caso la immediata sospensione della procedura di gara*, e dunque l'eventualità di rinviare l'apertura dei plichi di eventuali partecipanti, al fine di evitare il consolidamento di posizioni giuridiche ed ampliare la sfera di risarcimento danni laddove l'ANAC dovesse ritenere la procedura attuale illegittima.

Si resta in attesa di formale riscontro.

Saluti

Gianni Di Pierri  
Policoro Futura

