



PRIME CONSIDERAZIONI SULL'ART. 47 DECRETO LEGGE 31 MAGGIO 2021 N. 77

Luigi GILI

Nell'ottica di semplificare e di agevolare la realizzazione del Piano nazionale di Ripresa e Resilienza, del Piano nazionale degli investimenti complementari nonché del Piano nazionale Integrato per l'Energia e il Clima 2030, il Governo ha adottato il d.l. 31 maggio 2021, n. 77.

Oggetto di interesse del presente contributo è l'art. 47, presente nella parte del decreto dedicata ai contratti pubblici (Titolo IV) e volto, nello specifico, ad introdurre misure di pari opportunità, generazionali e di genere nei contratti pubblici che utilizzano le risorse del PNRR e del PNC. Le nuove misure non riguardano tutti i contratti pubblici ma soltanto quelli afferenti ai piani di intervento menzionati: anche in tale occasione il legislatore non sostituisce ma deroga il regime ordinario dei contratti pubblici siccome previsto dal d.lgs. n. 50/2016, creando un altro ed ulteriore regime differenziato¹.

L'art. 47 è interessante sia per il contenuto – rappresentando nel panorama normativo nazionale uno degli esempi più convinti di utilizzo strategico degli appalti pubblici per finalità sociali –, sia

¹ In argomento, sull'emergere sempre più di regimi normativi differenziati in tema di contratti pubblici, C. Contessa, *Le novità del Decreto semplificazioni, ovvero: nel settore dei contratti pubblici esiste ancora un Codice ?*, in *Urb. e App.*, 2020, 757.

per lo strumentario giuridico utilizzato, dato che nel comma in questione praticamente ritroviamo tutti i principali “attrezzi giuridici” (a parte le specifiche tecniche in senso proprio) volti a conformare/incentivare un certo comportamento da parte dell’impresa partecipante ad una gara pubblica (ovvero: previsione di una certa qualità o adempimento, quale requisito di partecipazione alla gara; valorizzazione di determinate caratteristiche dell’offerta, tramite criteri premiali *ad hoc* di valutazione dell’offerta; previsione di un adempimento richiesto all’appaltatore, come condizione necessaria di esecuzione del contratto; apposizione di penali contrattuali, a specifico presidio del corretto e puntuale adempimento di certe prestazioni), oltre a qualcosa in più – sanzione dell’esclusione dalle gare di settore per dodici mesi –, forse eccessiva e forse anche da ricalibrare, non essendo previsto un previo contraddittorio con l’impresa ed una graduazione della sanzione.

Passiamo ad analizzare le singole misure.

Il comma 2 prevede che gli operatori economici tenuti alla redazione del rapporto sulla situazione del personale *ex art. 46 d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198 (“Codice delle pari opportunità tra uomo e donna, a norma dell’articolo 6 della legge 28 novembre 2005, n. 246”)*, ossia le aziende pubbliche e private che occupano oltre cento dipendenti, debbano produrre, a pena di esclusione, al momento della presentazione della domanda di partecipazione o dell’offerta, copia dell’ultimo rapporto sulla situazione delle misure poste in termini di parità di genere, con attestazione di conformità rispetto a quello trasmesso ai soggetti preposti in base alla normativa di settore.

Come giustamente emerso dai primi confronti con gli operatori, il comma 2 andrebbe semplificato in sede di conversione, se non altro prevedendo che in sede di gara basti la dichiarazione di osservanza della normativa di cui all'art. 46 d.lgs. n. 198/2006, senza l'aggravio dell'ulteriore attestazione.

Per le imprese di minori dimensioni, che occupano un numero pari o superiore a 15 dipendenti, l'adempimento sopra menzionato è declinato non come requisito di partecipazione ma come condizione di esecuzione.

Il comma 3 del decreto stabilisce, infatti, che le imprese di minori dimensioni sono tenute, entro sei mesi dalla conclusione del contratto, a consegnare alla stazione appaltante, alle rappresentanze sindacali aziendali ed alla consigliera e al consigliere regionale di parità, una relazione di genere sulla situazione del personale maschile e femminile in ognuna delle professioni ed in relazione allo stato di assunzioni, della formazione, della promozione professionale, dei livelli, dei passaggi di categoria o di qualifica, di altri fenomeni di mobilità, dell'intervento della Cassa integrazione guadagni, dei licenziamenti, dei prepensionamenti e pensionamenti, della retribuzione effettivamente corrisposta.

Di assoluto interesse è il comma 4, secondo cui le stazioni appaltanti prevedono, nei bandi di gara, negli avvisi e negli inviti, specifiche clausole dirette a promuovere l'imprenditoria giovanile, la parità di genere, nonché l'assunzione di giovani con età inferiore a 36 anni e donne.

Nella prima parte del comma in esame, il legislatore riconosce ampia discrezionalità alle stazioni appaltanti, in quanto esse possono utilizzare tanto lo strumento del requisito necessario di partecipazione quanto quello più *soft* del criterio premiale dell'offerta.

Il medesimo comma ha inoltre cura di specificare che il contenuto delle clausole in questione debba comunque tenere conto dei principi di libera concorrenza, proporzionalità e non discriminazione, nonché dell'oggetto del contratto, della tipologia e della natura del singolo contratto in relazione ai profili occupazionali richiesti, dei principi dell'Unione europea, degli indicatori degli obiettivi attesi in termini di occupazione femminile e giovanile al 2026, anche in considerazione dei corrispondenti valori medi nonché dei corrispondenti indicatori medi settoriali europei in cui vengono svolti i progetti.

La previsione da ultimo richiamata, con tutti i suoi *caveat*, ricorda in modo evidente l'art. 95, comma 13 del d.lgs. n. 50/2016, non a caso anche esso inerente misure innovative da perseguire tramite criteri premiali, nella geometria generale dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Ma non finisce qui. La seconda parte del comma 4 prevede pure il requisito necessario dell'obbligo di assunzione per almeno una quota pari al 30% di giovani e donne, in caso di assunzioni necessarie per l'esecuzione del contratto o per la realizzazione di attività ad esso connesse o strumentali.

Anche in tal caso vi è una possibilità di deroga, così come previsto dal comma 7, secondo cui le stazioni appaltanti possono escludere l'inserimento nei bandi di gara, negli avvisi e negli inviti delle previsioni del comma 4, o stabilire una quota inferiore, dandone adeguata e specifica motivazione, qualora l'oggetto del contratto, la tipologia o la natura del progetto o altri elementi puntualmente indicati ne rendano l'inserimento impossibile o contrastante con obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche.

Il comma 4 non è chiarissimo e riporta tante e forse troppe deroghe, sicché è auspicabile una sua semplificazione, in sede di conversione, ed un documento di ausilio delle amministrazioni affinché dette misure non restino lettera morta.

Tale funzione di ausilio dovrebbe essere svolta dalle Linee guida del Presidente del Consiglio dei Ministri ovvero dei Ministri o delle autorità delegati per le pari opportunità e della famiglia e per le politiche giovanili ed il servizio civile universale, di concerto con il Ministero delle infrastrutture e della modalità sostenibili e del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, di cui al comma 8, da adottarsi entro sessanta giorni dall'entrata in vigore del decreto, con le quali "*possono*" essere definite le modalità e i criteri applicativi delle misure previste dall'art. 47, indicate misure premiali e predisposti modelli di clausole da inserire nei bandi di gara differenziate per settore, tipologia e natura del contratto o del progetto.

Proprio per le ragioni di cui sopra, di chiarezza e di necessità di ausilio delle Amministrazioni, è auspicabile che l'adozione di dette Linee guida siano obbligatorie (non solo facoltative).

Facendo un passo indietro, non vanno dimenticate le previsioni del comma 5, secondo cui le stazioni appaltanti possono anche prevedere punteggi aggiuntivi qualora l'offerente o il candidato:

- non risulti destinatario, nei tre anni antecedenti la data di scadenza del termine di presentazione delle offerte, di accertamenti relativi ad atti o comportamenti discriminatori;
- utilizzi o si impegni ad utilizzare specifici strumenti di conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro per i dipendenti, nonché modalità innovative di organizzazione del lavoro; si impegni ad assumere giovani con meno di trentasei anni e donne, oltre alla percentuale minima necessaria ai fini della partecipazione, per l'esecuzione del contratto o lo svolgimento di attività connesse o strumentali;
- abbia rispettato, nell'ultimo triennio, i principi della parità di genere e adottato specifiche misure per promuovere le pari opportunità generazionali e di genere, anche tenendo conto del rapporto tra uomini e donne nelle assunzioni, nei livelli retributivi e nel conferimento degli incarichi apicali;
- abbia presentato o si impegni a presentare per ciascuno degli esercizi finanziari ricompresi nella durata del contratto, una dichiarazione volontaria di carattere non finanziario ai sensi dell'art. 7 del d.lgs. 30 dicembre 2016, n. 254 (*“Attuazione della direttiva 2014/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 ottobre 2014, recante modifica alla direttiva 2013/34/UE per quanto riguarda la comunicazione di informazioni di carattere non finanziario e di informazioni sulla diversità da parte di talune imprese e di taluni gruppi di grandi dimensioni”*).

Il comma 6 dispone che i contratti di appalto prevedano l'applicazione di penali per l'inadempimento degli obblighi di cui al comma 3 e 4 e che, in caso di violazione degli obblighi del

comma 3, vi sia anche l'impossibilità per l'operatore economico di partecipare, in forma singola ovvero in raggruppamento temporaneo, per un periodo di dodici mesi ad ulteriori procedure di affidamento afferenti agli investimenti pubblici finanziati, in tutto in parte, con le risorse dei piani di intervento interessati.

Da ultimo il comma 9, nell'ottica della trasparenza ed anticorruzione, pone l'obbligo in capo al committente di pubblicare, nella sezione "*Amministrazione trasparente*" del proprio profilo, i rapporti e le relazioni sulla situazione del personale di cui ai commi 2 e 3, nonché di comunicarli alla Presidenza del Consiglio dei Ministri ovvero ai Ministri o alle autorità delegati per le pari opportunità e della famiglia e per le politiche giovanili e il servizio civile universale.

In chiusura di queste prime osservazioni, si permetta quella più generale che le sanzioni o le premialità, contenute nell'art. 47, risultano tutte a capo dell'impresa partecipante alla gara mentre non è prevista alcuna sanzione o riconoscimento alle Stazioni appaltanti, da cui concretamente dipende però la "messa a terra" dei buoni propositi sopra elencati. Sarebbero dunque da incentivare ed anche vincolare maggiormente le Amministrazioni, senza lasciare spazi di discrezionalità eccessivi, non perché di esse non ci si fida ma perché un'eccessiva discrezionalità in Italia, come è noto, genera spesso una paralizzante incertezza su come in concreto procedere, alla fine a discapito dell'effettività delle misure previste a monte dal legislatore.

Una maggiore attenzione del legislatore verso le Amministrazioni – vuoi nel testo dell'art. 47, vuoi per il tramite delle Linee guida –, d'altronde si porrebbe in linea con il recente

documento apprestato dalla Commissione europea *Acquisti sociali - Una guida alla considerazione degli aspetti sociali negli appalti pubblici*² pubblicato nella GUUE il 18 maggio 2021, rivolto proprio a sensibilizzare le stazioni appaltanti sul fatto che l'utilizzo strategico degli appalti non è fantascienza ma un approccio concretamente fattibile, oltre che indiscutibilmente generativo per il territorio e le persone³, obiettivo questo ultimo centrale del PNRR⁴.

Vedremo gli sviluppi, ad iniziare dal testo finale che uscirà dalla conversione in legge dell'attuale decreto.

² Cfr. la Comunicazione della Commissione europea, *Acquisti sociali - Una guida alla considerazione degli aspetti sociali negli appalti pubblici (seconda edizione)*, C(2021) 3573 final, 26 maggio 2021.

³ Così la Guida, nella sua Introduzione: *“È probabile che l'attuale pandemia di COVID-19 abbia ripercussioni sull'occupazione, aumenti le disparità, peggiori la precarietà e le condizioni di lavoro dei lavoratori a livello globale, causi ulteriori pressioni sull'erogazione di determinati servizi alla persona e incida sulle imprese più piccole. Nelle loro strategie di ripresa, gli Stati membri dell'UE dovranno migliorare l'inclusione sociale e l'equità attraverso istruzione e competenze, nonché l'occupazione e la coesione sociale e territoriale, oltre a garantire che le due transizioni, verde e digitale, creino posti di lavoro, crescita sostenibile e resilienza socio-economica. Al fine di conseguire tali obiettivi, le pratiche di acquisto socialmente responsabili costituiscono uno strumento potente tra tutti quelli a disposizione delle amministrazioni nazionali dell'UE”*.

⁴ Cfr. il Presidente dell'ANAC, in tema di PNRR: *“Le persone che opereranno per la realizzazione del Piano, sul lato pubblico e su quello privato, sono parte essenziale dello stesso: la loro valorizzazione, a tutti i livelli, costituisce insieme lo strumento e la misura del suo successo. Occorre dunque cogliere questa straordinaria opportunità per coinvolgere e far crescere le professionalità di cui dispone l'Italia in tutti i settori, promuovendo anche un utilizzo innovativo e virtuoso delle clausole sociali, che non devono ridursi a mera garanzia del passaggio di risorse da un datore di lavoro all'altro, ma divenire leva per valorizzare e qualificare i lavoratori, con beneficio non solo degli interessati, ma anche delle pubbliche amministrazioni committenti, delle imprese fornitrici e del Paese in generale, aiutandolo così ad affrontare le sfide del domani. Obiettivo del Piano sono le persone, la loro crescita e il loro benessere”* (nella Presentazione della Relazione annuale ANAC 2020, pubblicata il 18 giugno 2021).