

## Appalti

### Gare, va esclusa l'impresa che non si impegna ad assumere giovani e donne

di Roberto Mangani

21 Novembre 2023

Il principio introdotto dal Dl 77/2021 per gli appalti Pnrr è stato confermato in via generale dal nuovo codice e viene ribadito da una sentenza del Tar Puglia. Resta il dubbio che una finalità condivisibile sia stata tradotta in un tessuto normativo troppo rigido ed eccessivamente complicato

**NT+** Contenuto esclusivo Norme & Tributi Plus

In una gara per l'affidamento di un appalto finanziato con fondi del Pnrr va escluso il concorrente che non abbia dichiarato nella propria offerta l'impegno ad assumere la quota di percentuale minima di giovani e di donne indicata dalla normativa di riferimento. Tale normativa qualifica infatti la richiamata dichiarazione contenente il relativo obbligo di assunzione quale requisito necessario dell'offerta, con la conseguenza che la mancanza di tale dichiarazione non può che comportare l'esclusione del concorrente.

Si è espresso in questi termini il [Tar Puglia, Sez. II, 7 novembre 2023, n. 1244](#), che chiarisce natura ed effetti della dichiarazione cui i concorrenti sono tenuti negli appalti Pnrr al fine di favorire l'occupazione giovanile e di genere. La pronuncia offre anche l'occasione per fare il punto su questa tematica in relazione alle disposizioni contenute nel Dlgs 36/2023, che riguardano evidentemente tutti gli appalti e non più solo quelli finanziati con i fondi del Pnrr.

#### Il fatto

Un ente appaltante aveva bandito una gara per l'affidamento dei lavori di ampliamento di un edificio scolastico, finanziati con i fondi del Pnrr. Intervenuta l'aggiudicazione, la stessa veniva impugnata da un altro concorrente che aveva partecipato alla gara. Secondo il ricorrente, l'offerta dell'aggiudicatario non era conforme al bando e alla normativa di riferimento, e andava quindi esclusa. Ciò in quanto l'aggiudicatario in sede di gara non avrebbe assolto agli obblighi dichiarativi previsti dal decreto legge 77/2021 – che detta disposizioni specifiche per gli appalti del Pnrr – e dalla documentazione di gara, relativi all'impegno ad assumere, in caso di aggiudicazione del contratto, una quota pari al 30% di giovani e un'altra quota pari al 15% di donne, riferite al complesso del personale necessario per l'esecuzione dell'appalto.

Questa contestazione veniva respinta dall'aggiudicatario con una serie di argomentazioni. In primo luogo, l'impegno in questione doveva essere correttamente qualificato come un requisito di esecuzione – che veniva quindi in considerazione in fase di svolgimento delle prestazioni – e non come un requisito di ammissione alla procedura di gara. In secondo luogo – e a conferma che si tratterebbe di un requisito di esecuzione e non di qualificazione – l'obbligo di assumere giovani e donne nelle percentuali minime indicate sarebbe destinato ad operare solo in relazione a quelle imprese che per l'esecuzione dell'appalto hanno effettivamente necessità di assumere personale, ipotesi non riscontrabile per l'impresa ricorrente.

Infine, proprio in relazione a quest'ultimo profilo, il disciplinare di gara conteneva una clausola equivoca e non in linea con il dettato normativo, in quanto prevedeva un obbligo incondizionato – e non solo in caso di effettiva necessità per l'esecuzione dell'appalto – a carico dell'aggiudicatario ad assumere giovani e donne. Di conseguenza, a fronte di una oggettiva equivocità in merito all'effettiva portata dell'obbligo di assunzione, la mancata dichiarazione relativa a tale obbligo in sede di offerta non poteva costituire una causa di esclusione del concorrente.

#### La pronuncia del Tar Puglia

Il giudice amministrativo ha accolto il ricorso, ritenendo che l'offerta dell'aggiudicatario andasse effettivamente esclusa dalla gara. Per giungere a questa conclusione il Tar Puglia prende le mosse dalla formulazione testuale della disposizione contenuta nell'articolo 4, comma 4, del Decreto legge 77/2021.

Tale disposizione contiene una duplice previsione. Da un lato stabilisce che le stazioni appaltanti debbono prevedere nei bandi di gara specifiche clausole dirette all'inserimento, come requisiti necessari e come ulteriori requisiti premiali dell'offerta, di criteri orientati a promuovere l'imprenditoria giovanile, la parità di genere e l'assunzione di giovani e donne. Dall'altro definisce come requisito necessario dell'offerta l'assunzione dell'obbligo

di assicurare, in caso di aggiudicazione del contratto, una quota pari almeno al 30% delle assunzioni necessarie per l'esecuzione del contratto o per la realizzazione di attività ad esso connesse o strumentali sia all'occupazione giovanile che femminile.

Alla luce del dato testuale della norma, non è accoglibile l'obiezione dell'aggiudicatario su una ritenuta equivocità della clausola di gara. La disposizione legislativa, nella sua chiarezza, ha infatti una portata precettiva che avrebbe dovuto indurre i concorrenti – e quindi anche l'aggiudicatario – a interpretare tale clausola in maniere conforme al dato normativo.

Sotto questo profilo, tale disposizione prevede in maniera inequivocabile che la dichiarazione sull'obbligo di assunzione di giovani e donne costituisca un requisito necessario dell'offerta. Questa qualificazione rende evidente che tale dichiarazione deve essere presente già in sede di offerta, il che esclude che l'obbligo di assunzione possa essere considerato come un requisito di esecuzione.

Né è possibile sostenere che l'obbligo dichiarativo abbia carattere eventuale, nel senso che debba essere assolto solo nell'ipotesi in cui il concorrente intenda procedere ad assunzioni per l'esecuzione dell'appalto. Occorre infatti distinguere i due piani: da un alto vi è l'obbligo dichiarativo in quanto tale, che va considerato attuale e incondizionato, nel senso che deve essere necessariamente assolto in sede di offerta; dall'altro vi è l'effettivo adempimento di tale obbligo con le relative assunzioni, che è eventuale, nel senso che è destinato ad operare solo nell'ipotesi in cui l'aggiudicatario del contratto debba effettivamente procedere a incrementare il personale ai fini dell'esecuzione del contratto.

La conclusione è quindi netta: in mancanza della dichiarazione da rendere in sede di offerta relativa all'obbligo di assunzione delle quote destinate a giovani e donne, la medesima offerta va esclusa.

### **Gli obblighi di assunzione di giovani e donne nel Dlgs 36**

La sentenza esaminata si riferisce alle norme speciali contenute nel decreto legge 77/2021 relativi agli appalti finanziati con i fondi del Pnrr. Tali norme sono state successivamente recepite nel Dlgs 36/2023, che ne ha quindi esteso i relativi obblighi e prescrizioni a tutti i contratti pubblici.

Nello specifico l'articolo 61, comma 4, rinvia all'Allegato II.3 per individuare meccanismi e strumenti premiali per realizzare le pari opportunità generazionali e di genere (oltre che per promuovere l'inclusione lavorativa delle persone disabili). L'Allegato a sua volta riprende le disposizioni già contenute nell'articolo 47 del Decreto legge 77 declinate nelle diverse articolazioni. Tra le disposizioni viene riproposta quella relativa all'obbligo di assunzione di giovani e donne, con una formulazione che ricalca quella già contenuta nel citato articolo 47. Viene infatti previsto che costituisce requisito necessario dell'offerta l'obbligo di assicurare, in caso di aggiudicazione del contratto, che una quota pari almeno al 30 per cento delle assunzioni necessarie per l'esecuzione del contratto o per la realizzazione di attività a esso connesse o strumentali, sia destinata a giovani e donne (articolo 1, comma 4).

Il successivo comma 8 stabilisce che le modalità e i criteri applicativi delle disposizioni contenute nell'Allegato siano definite con successive Linee guida, che sono state effettivamente emanate con Dm 20 giugno 2023. Per determinare quindi in che termini e secondo quali modalità operi l'obbligo di assunzione di giovani e donne occorre tenere in considerazione sia la disposizione contenuta nell'Allegato II.3 che le modalità applicative che vengono delineate nel DM 20 giugno 2023.

In primo luogo - anche alla luce delle pronuncia del Tar Puglia - si deve ritenere che la dichiarazione in merito all'obbligo di assunzione di percentuali minime di donne e giovani costituisca un requisito necessario dell'offerta, cosicché l'assenza di tale dichiarazione comporta l'esclusione del concorrente dalla gara. Dal Dm 20 giugno 2023 contenente le Linee guida attuative sono poi desumibili alcuni rilevanti elementi in merito alla concreta applicazione di tale obbligo.

Una prima puntualizzazione riguarda il calcolo della quota del 30 per cento. Viene infatti precisato che occupazione giovanile e occupazione femminile rappresentano due target distinti, per cui le quote vanno tenute distinte e non possono essere sommate (20% giovani e 10% donne) e/o compensate, salva l'ipotesi in cui una medesima assunzione comprenda entrambi i requisiti (donna e giovane, cioè con età inferiore a 36 anni).

Le assunzioni devono essere formalizzate con contratti di lavoro subordinato, in una delle forme previste dal Dlgs 81/2015. Inoltre le stesse devono essere necessarie per l'esecuzione del contratto oggetto di affidamento o per la realizzazione di attività ad esso connesse o strumentali. Vi deve quindi essere un nesso funzionale tra assunzione ed esecuzione del contratto, nel senso che l'assunzione non può - almeno in astratto - essere fatta per assolvere a esigenze diverse da quelle connesse al contratto oggetto di affidamento.

Quanto alle attività connesse o strumentali, il riferimento consente di considerare rientranti nell'adempimento dell'obbligo le assunzioni operate dai subappaltatori, ma non quelle poste in essere da generici fornitori.

Di rilievo sono poi le indicazioni in merito alla possibilità di derogare agli obblighi di assunzione di giovani e donne. Questa possibilità è consentita dall'Allegato II.3 (articolo 1, comma 7). La previsione consente la deroga «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».

Le Linee guida offrono alcune indicazioni su come vada declinata tale possibilità. Viene ribadito come per giustificare la deroga sia necessaria un'adeguata e specifica motivazione, che faccia esplicito e articolato riferimento a uno degli elementi indicati dalla disposizione per consentire la deroga stessa. Vengono poi forniti alcuni esempi in cui possono ragionevolmente ravvisarsi le condizioni per la deroga: in caso di affidamenti diretti di modesto importo; di appalti per cui è ipotizzabile un numero di assunzioni molto basso o di soggetti dotati di particolari specializzazioni; di appalti di somma urgenza o di protezione civile; di appalti che esigano il possesso di personale di elevata esperienza; di appalti in zone e settori in cui i livelli di occupazione femminile siano già talmente alti da rendere difficoltoso il reperimento di ulteriore personale femminile.


Un assetto normativo complicato. A fronte della condivisibile esigenza di trovare delle forme di incentivazione dell'occupazione giovanile e femminile nell'ambito dei contratti pubblici, le modalità individuate suscitano qualche perplessità.

Per limitarsi agli aspetti di maggiore rilievo, non appare convincente la previsione secondo cui l'obbligo di assunzione deve essere assolto in relazione alle prestazioni da svolgere per l'esecuzione dello specifico contratto. Al di là della difficoltà di controllo, l'obiettivo dovrebbe essere quello di favorire l'assunzione di giovani e donne in termini assoluti, non quello di vincolarla all'esecuzione dello specifico contratto.

Anche il sistema delle deroghe merita qualche riflessione. I parametri di riferimento che consentono la deroga riguardano l'oggetto del contratto, la natura e la tipologia del progetto o altri elementi puntualmente indicati dalla stazione appaltante. Definizione ampia, che le Linee guida solo in parte circoscrivono, e che danno evidenza di quanto sia complicato dettare regole rigide in una materia di questo tipo.

Vi sono poi problemi più strettamente operativi. Come si controlla l'effettivo adempimento dell'obbligo di assunzione in fase esecutiva? Cosa succede se l'ente appaltante riesce comunque a effettuare questo controllo e rileva che lo stesso non è stato correttamente adempiuto? E se alcuni dei soggetti assunti cessano il loro rapporto di lavori in corso di esecuzione del contratto, vanno sostituiti con altri soggetti aventi le stesse caratteristiche? In definitiva, a fronte di una finalità condivisibile resta il dubbio che la stessa sia stata tradotta in un tessuto normativo troppo rigido ed eccessivamente complicato, che dà evidenza della difficoltà di dettare regole predefinite e di carattere generalizzato per orientare scelte imprenditoriali su un profilo così critico come quello del reperimento del personale da parte delle aziende che operano sul mercato.

---

Il Sole 24 ORE aderisce a  The Trust Project

P.I. 00777910159 © Copyright Il Sole 24 Ore Tutti i diritti riservati

ISSN 2724-203X - Norme & Tributi plus Enti Locali & Edilizia [<https://ntplusentilocaliedilizia.ilssole24ore.com>]

