



CONSULTA ONLINE

PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892



2018 FASC. I

(ESTRATTO)

VITTORIA BERLINGÒ

**L'EFFETTIVITÀ DELL'INTEGRAZIONE LAVORATIVA DEL
DISABILE ALLA LUCE DELLE PIÙ RECENTI RIFORME DELLA
PUBBLICA AMMINISTRAZIONE**

14 MARZO 2018

IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO

Vittoria Berlingò*

L'effettività dell'integrazione lavorativa del disabile alla luce delle più recenti riforme della pubblica amministrazione

SOMMARIO: 1. *L'integrazione lavorativa del disabile dopo la sentenza della Corte di Giustizia.* – 2. *I più recenti interventi normativi di revisione e razionalizzazione della l. n. 68 del 1999.* – 3. *Il d. lgs. n. 75 del 2017 e gli 'accomodamenti ragionevoli'.* – 4. *L'integrazione lavorativa del disabile nel nuovo Codice dei contratti pubblici.* – 5. *L'osservanza degli obblighi in materia di lavoro dei disabili tra i requisiti di partecipazione alle pubbliche gare.* – 6. *Brevi considerazioni conclusive.*

1. *L'integrazione lavorativa del disabile secondo la Corte di Giustizia.*

La recente riforma sulla riorganizzazione della pubblica amministrazione offre lo spunto per tornare a riflettere in materia di inserimento lavorativo dei soggetti disabili, nella parte in cui si collega alla trama normativa delineata dalla legge 12 marzo 1999, n. 68, recante *Norme per il diritto al lavoro dei disabili*, concorrendo, senz'altro, a rafforzarne la tenuta¹.

È noto, infatti, come il dettato legislativo appena riferito sia stato oggetto di censure da parte della Commissione europea, che ha ottenuto la condanna dello Stato italiano da parte della Corte di giustizia per la mancata attuazione della direttiva 2000/78/CE del Consiglio del 27 novembre 2000, sul *Quadro generale per la parità di trattamento dei disabili in materia di occupazione e di condizioni di lavoro*², con specifico riferimento alle soluzioni 'ragionevoli' per i disabili, che, ai sensi dell'art. 5, si sostanziano in obblighi a carico del datore di lavoro di adottare «provvedimenti appropriati, in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, per consentire ai disabili di accedere ad un lavoro, di svolgerlo o di avere una promozione o perché possano ricevere una formazione, a meno che tali provvedimenti richiedano da parte del datore di lavoro un onere finanziario sproporzionato. Tale soluzione non è sproporzionata allorché l'onere è compensato in modo sufficiente da misure esistenti nel quadro della politica dello Stato membro a favore dei disabili»³.

Il parametro normativo offerto dalla disposizione riferita, letto alla luce dei considerando 20 e 21 ed in conformità all'articolo 2, quarto comma, della Convenzione dell'ONU, ampliava lo spettro delle garanzie riconducibili alla comprensiva situazione giuridica di diritto al lavoro del disabile, assegnando una autonoma rilevanza, accanto all'insieme di garanzie, agevolazioni ed iniziative a carico di autorità pubbliche, già previste dalla legge n. 68 del 1999, anche ad un trattamento

*Professore associato di Diritto amministrativo, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Messina.

¹ Cfr. D. GAROFALO, *Disabili e lavoro. Profilo soggettivo*, in *Dir. pra. lav.*, 1999, 37 ss.; A. TURSI, *La nuova disciplina del diritto al lavoro dei disabili*, in *Riv. giur. lav.*, 1999, 745 ss.; M. BIAGI, *Disabili e diritto del lavoro*, in *Guida al lavoro*, 1999, 12 ss.; A. MARESCA, *Rapporto di lavoro dei disabili e assetto dell'impresa*, in M. CINELLI - P. SANDULLI (a cura di), *Diritto al lavoro dei disabili. Commentario alla legge n. 68 del 1999*, Giappichelli, 2000, 27 ss.; C. LA MACCHIA, *Il collocamento (quasi) obbligatorio delle persone disabili*, in (a cura di) M. CINELLI - G. FERRARO - O. MAZZOTTA, *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Giappichelli, Torino, 2013, 706 ss.; S. GIUBBONI, *Il licenziamento del prestatore disabile dopo la l. n. 68/99*, in *Rass. giur. Umbra*, 2000, 291 ss.

² Con riguardo a Corte di giustizia, quarta sezione, 4 luglio 2013, C-312/2011, si vedano, *ex multis*, M. CINELLI, *Insufficiente per la Corte di Giustizia la tutela che l'Italia assicura ai lavoratori disabili: una condanna realmente meritata?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, 935 ss.; G. MILIZIA, *L'UE condanna l'Italia per la disparità di trattamento dei disabili sul lavoro*, in *Dir.&Gius.*, 2013, 1001 ss.; C. DANISI, *Disabilità, lavoro e 'soluzioni ragionevoli': l'inadempimento dell'Italia alla Corte di Giustizia*, in *Quad. cost.*, 2014, 1005 ss.; M. MARASCA, *La Corte di giustizia boccia l'Italia: verso i disabili un «irragionevole» trattamento sul luogo di lavoro*, in *Riv. dir. sicurezza sociale*, 2013, 629 ss.

³ Per un recente bilancio delle politiche europee in materia, cfr. Commissione europea, "Progress Report on the Implementation of the European Disability Strategy (2010 – 2020)", 2 febbraio 2017.

‘personalizzato’ del disabile, per il tramite di ‘provvedimenti efficaci e pratici’, frutto di ‘ragionevoli’ scelte compiute dal datore di lavoro, al fine di favorirne l’effettiva integrazione lavorativa.

Nel nuovo solco tracciato dal pronunciamento della Corte di giustizia, Sezione IV, 4 luglio 2013, C-312/2011, si inserisce, da ultimo, il d. lgs. 25 maggio 2017, n. 75, introducendo istituti che - volti ad assicurare una traduzione in pratica più corretta e completa dell’articolo 5 della direttiva 2000 del 1978 - consentono di arricchire l’insieme degli strumenti riconducibili al *genus* di misure preordinate al pieno inserimento del disabile nel mondo del lavoro, con misure *ulteriori* rispetto a quelle fin qui previste dall’ordinamento italiano, idonee a garantire il solo accesso, come nel caso della l. n. 68 del 1999 o limitate ad assegnare a soggetti esterni al rapporto lavorativo agevolazioni per azioni di supporto, come quelle di competenza delle Regioni ai sensi della l. n. 104 del 1992.

2. I più recenti interventi normativi di revisione e razionalizzazione della l. n. 68 del 1999.

I più recenti interventi normativi in materia di inserimenti dei lavoratori disabili vanno, ormai, tutti interpretati e applicati alla luce del vincolo sugli ‘accomodamenti ragionevoli’ desunto dalla direttiva 2000/78/CE, secondo il pronunciamento della Corte di Giustizia.

Tale assunto va ribadito per rimarcare la prioritaria rilevanza da accordare in tal senso – e non già per la sua portata meramente semplificatrice o razionalizzatrice – al d. lgs. 14 settembre 2015, n. 151, che pure, in attuazione della l. 10 settembre 2014, n. 183⁴, è già intervenuto in argomento, apprestando una revisione degli adempimenti previsti dalla l. n. 68 del 1999.

A ben guardare fin dal decreto n. 151 del 2015 prende avvio una nuova fase, che - senza rinnegare il superamento operato dalla l. n. 68 del 1999 del modello assistenziale proprio della legge 2 aprile 1968 n. 482, recante *Disciplina generale delle assunzioni obbligatorie presso le pubbliche amministrazioni e le aziende private*, impermeabile alle istanze organizzative e produttive delle imprese – mira a favorire una reale ed effettiva inclusione lavorativa⁵.

In forza delle modifiche apportate dal d. lgs. n. 151 del 2015 al regime di assunzione, di cui all’art. 7 della l. n. 68 del 1999, la regola diventa quella della richiesta nominativa di avviamento agli uffici competenti e quella del collocamento ‘concordato’ mediante la stipula delle convenzioni tra gli stessi uffici e il datore di lavoro, pubblico o privato, di cui all’art. 11 della l. n. 68, riconducibili al più generale modello di ‘collocamento mirato’, definito dall’art. 2 della stessa legge come «insieme di strumenti tecnici e di supporto che permettano di valutare adeguatamente le persone con disabilità nelle loro capacità lavorative e di inserirle nel posto adatto, attraverso analisi di posti di lavoro, forme di sostegno, azioni positive e soluzioni dei problemi connessi con gli ambienti, gli strumenti e le relazioni interpersonali sui luoghi quotidiani di lavoro e di relazione».

⁴ Più in generale, sulla portata della finalità «di garantire la fruizione dei servizi essenziali in materia di politica attiva del lavoro su tutto il territorio nazionale, nonché di assicurare l’esercizio unitario delle relative funzioni amministrative», di cui all’art. 1, comma 3, della legge delega n. 183 del 10 dicembre 2014, quale obiettivo del legislatore diretto al “riordino” della normativa in materia di servizi per il lavoro e di politiche attive, cfr. A. RICCARDI, *La riforma dei servizi per il lavoro e il collocamento della gente di mare*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2017, 645 ss., che sottolinea la rilevanza dei caratteri dell’accentramento e della verticalizzazione per descrivere l’ ‘architettura istituzionale’ del sistema nella Rete Nazionale dei servizi per le politiche del lavoro, come ridisegnata dal d.lgs. n. 150 del 2015. Essa prevede il coinvolgimento di soggetti pubblici e privati (la neo costituita Agenzia Nazionale per le Politiche Attive del Lavoro, le strutture regionali per le politiche attive del lavoro disciplinate dal decreto, l’Inps, l’Inail, le agenzie per il lavoro e i soggetti autorizzati all’attività di intermediazione, i fondi interprofessionali per la formazione continua, i fondi bilaterali, l’Isfol, Italia Lavoro, le camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, le università e gli istituti di istruzione), nell’ambito della quale al Ministro del lavoro e delle politiche sociali è demandato un ruolo essenziale, attraverso la preliminare determinazione degli indirizzi generali in materia di politiche attive del lavoro, di cui all’art. 2, nonché l’indirizzo e la vigilanza sull’Anpal, disciplinati dall’art. 3.

⁵ A commento della normativa, di cui al testo, si v. D. GAROFALO, *Jobs act e disabili*, in *Riv. Dir. Sic. Soc.*, 2016, 89 ss.

Tale scelta, peraltro, sembra porsi in linea anche con gli indirizzi maggioritari assunti dalla giurisprudenza nazionale, secondo cui, pur quando risulti impossibile il collocamento dei lavoratori selezionati e avviati a colloquio, per carenza delle qualifiche e delle capacità tecnico-professionali necessarie, «lo strumentario a disposizione dell'impresa [consente], se attivato in modo corretto, di adempiere effettivamente all'obbligo di avviamento attraverso i rimedi alternativi previsti dalla legge, *in primis*, le convenzioni, con ciò ravvisandosi la necessità di una condotta attiva e cooperativa nei confronti del soggetto pubblico [uffici competenti] da parte del datore di lavoro il quale, secondo il principio enunciato, non potrebbe limitarsi a dare impulso formale alla procedura attraverso la mera richiesta numerica o, in termini di equipollenza, mediante l'invio del prospetto informativo. Tale condotta, apparentemente 'neutra', risulterebbe contraria al disposto normativo e alla *ratio* complessiva della legge, celando in realtà un intento elusivo»⁶.

L'operatività dell'obbligo per il datore di lavoro, pubblico e privato, che occupi almeno 15 dipendenti, di inoltrare la richiesta di assunzione o l'equiparato invio telematico del prospetto informativo previsto dall'art. 9, comma 6, l. n. 68 del 1999, indicante «il numero complessivo dei lavoratori dipendenti, il numero e i nominativi dei lavoratori computabili nella quota di riserva, i posti di lavoro e le mansioni disponibili», viene assicurata dal d. lgs. n. 151 del 2015 abrogando la condizione, per l'insorgere dell'obbligo, del ricorrere di nuove assunzioni.

Se tuttavia a partire dal 1° gennaio 2018 tutti i datori di lavoro sono tenuti a conferire le richieste o il prospetto, in forza della decorrenza dell'abrogazione ora richiamata, e quindi indipendentemente dall'incremento di assunzioni, è anche vero che, ad oggi, risulta mancare un tassello fondamentale, pure previsto dal citato d. lgs. n. 151, per il conseguimento di un sistema non meramente «burocratico» dell'avviamento obbligatorio teso a garantire sul piano dell'effettività le istanze di tutela dei lavoratori disabili.

Infatti, non sono state adottate da parte del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, previa intesa in sede di Conferenza unificata le Linee guida in materia di collocamento mirato delle persone con disabilità⁷. Ai sensi dell'art. 1 del d. lgs. n. 151 del 2015, le stesse devono assolvere al compito, in particolare, di promuovere una rete integrata con i servizi sociali, sanitari, educativi e formativi del territorio, nonché con l'INAIL, in relazione alle competenze in materia di reinserimento e di integrazione lavorativa delle persone con disabilità da lavoro, per l'accompagnamento e il supporto della persona con disabilità presa in carico al fine di favorirne l'inserimento lavorativo; nonché accordi territoriali con le organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, le cooperative sociali di cui alla legge 8 novembre 1991, n. 381, le associazioni delle persone con disabilità e i loro familiari, e le altre organizzazioni del terzo settore rilevanti, al fine di favorire l'inserimento lavorativo delle persone con disabilità. Sempre in forza del medesimo disposto, le Linee guida devono individuare, nelle more della revisione delle procedure di accertamento della disabilità, modalità di valutazione bio-psico-sociale della disabilità, criteri di predisposizione dei progetti di inserimento lavorativo che tengano conto delle barriere e dei facilitatori ambientali rilevati, nonché definire indirizzi per gli uffici competenti funzionali alla valutazione e progettazione dell'inserimento lavorativo in ottica bio-psico-sociale, analizzare le caratteristiche dei posti di lavoro da assegnare alle persone con disabilità, anche con riferimento agli accomodamenti ragionevoli che il datore di lavoro è tenuto ad adottare, e, infine, di promuovere l'istituzione di un responsabile dell'inserimento lavorativo nei luoghi di lavoro, con compiti di predisposizione di progetti personalizzati per le persone con disabilità e di risoluzione dei problemi legati alle condizioni di lavoro dei lavoratori con disabilità, in raccordo con l'INAIL per le persone con

⁶ Per la giurisprudenza richiamata, cfr. G. DI MARTINO, *Sulla necessaria «partecipazione attiva» del datore di lavoro all'avviamento obbligatorio dei disabili ai sensi della l. n. 68/1999: insufficienza della mera richiesta numerica e ricorso a strumenti alternativi*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, 411 ss.

⁷ Per un giudizio sulla scelta di 'delegificazione', operata dal d. lgs. n. 151 del 2015, in termini di 'subappalto regolativo', cfr. D. GAROFALO, *Jobs act e disabili*, cit.

disabilità da lavoro; insieme con l'individuazione di buone pratiche di inclusione lavorativa delle persone con disabilità.

Ciò non di meno, per alcuni dei criteri direttivi da osservare nell'adozione delle Linee guida, possono, *medio tempore*, supplire parzialmente – come si è in precedenza accennato - le disposizioni introdotte dal d. lgs. n. 75 del 2017, in attuazione delle deleghe fissate nell'art. 17, lett. n) e z), della l. n. 124 del 2015, sia pure con un effetto limitato ai rapporti di pubblico impiego, come anche alcune previsioni contenute nel nuovo Codice dei pubblici appalti per i suoi riflessi sull'osservanza della disciplina concernente gli obblighi di comunicazione.

3. L'integrazione lavorativa del disabile nella riforma sulla riorganizzazione della pubblica amministrazione.

Nell'ambito della disciplina sulle procedure per le assunzioni presso le pubbliche amministrazioni, l'art. 35 del d. lgs. n. 165 del 2001, al comma 2 prevede che l'assunzione di persone con disabilità da parte delle amministrazioni pubbliche, aziende ed enti pubblici, avviene per chiamata numerica degli iscritti nelle liste di collocamento ai sensi della normativa vigente, previa verifica della compatibilità dell'invalidità con le mansioni da svolgere.

Il modello del 'collocamento mirato' si inverte in conformità a quanto previsto dal successivo articolo 39, secondo il quale le amministrazioni pubbliche promuovono o propongono programmi di assunzioni per portatori di handicap mediante sottoscrizione della convenzione, di cui all'art. 11 della l. n. 68 del 1999.

Alle previsioni, ora richiamate, il d. lgs. n. 75 del 2017 ne ha affiancato di nuove. Infatti, l'art. 10, comma 1 ha introdotto nel d. lgs. n. 165 del 2001 l'art. 39-*bis*, istituendo presso il Dipartimento della funzione pubblica della Presidenza del Consiglio dei Ministri la Consulta nazionale per l'integrazione in ambiente di lavoro delle persone con disabilità⁸. Alla Consulta vengono assegnati diversi compiti, fra i quali: elaborare piani, programmi e linee di indirizzo per ottemperare agli obblighi di cui alla legge 12 marzo 1999, n. 68; effettuare il monitoraggio sul rispetto degli obblighi di comunicazione di cui all'articolo 39-*quater*; proporre alle amministrazioni pubbliche iniziative e misure innovative finalizzate al miglioramento dei livelli di occupazione e alla valorizzazione delle capacità e delle competenze dei lavoratori disabili nelle pubbliche amministrazioni; prevedere interventi straordinari per l'adozione degli accomodamenti ragionevoli nei luoghi di lavoro previsti dall'articolo 3, comma 3-*bis*, del decreto legislativo 9 luglio 2003, n. 216; verificare lo stato di attuazione e la corretta applicazione delle disposizioni in materia di tutela e sostegno della disabilità da parte delle amministrazioni, con particolare riferimento alle forme di agevolazione previste dalla legge e alla complessiva disciplina delle quote di riserva.

In particolare, anche al fine di consentire il monitoraggio sul rispetto degli obblighi di comunicazione, il nuovo art. 39-*quater* dispone che le amministrazioni pubbliche, tenute a dare attuazione alle disposizioni in materia di collocamento obbligatorio, «inviano il prospetto informativo di cui all'articolo 9, comma 6, della legge n. 68 del 1999, al Dipartimento della funzione pubblica della Presidenza del Consiglio dei ministri, al Ministero del lavoro e delle politiche sociali e al Centro per l'impiego territorialmente competente». Prevede, inoltre: «Entro i successivi sessanta giorni le amministrazioni pubbliche di cui al comma 1 trasmettono, in via telematica, al servizio inserimento lavorativo disabili territorialmente competente, al Dipartimento

⁸ Il comma 2, dell'art. 39-*bis* del d. lgs. n. 165 del 2001 dispone: «La Consulta è composta da un rappresentante del Dipartimento della funzione pubblica, un rappresentante del Dipartimento per le pari opportunità, un rappresentante del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, un rappresentante del Ministero della salute, un rappresentante dell'Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (INAIL), un rappresentante dell'Agenzia nazionale politiche attive del lavoro (ANPAL), due rappresentanti designati dalla Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, due rappresentanti delle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative sul piano nazionale e due rappresentanti delle associazioni del mondo della disabilità indicati dall'osservatorio nazionale di cui all'articolo 3 della legge 3 marzo 2009, n. 18».

della funzione pubblica e al Ministero del lavoro e delle politiche sociali una comunicazione contenente tempi e modalità di copertura della quota di riserva. In tale comunicazione sono indicati anche eventuali bandi di concorso per specifici profili professionali per i quali non è previsto il solo requisito della scuola dell'obbligo, riservati ai soggetti di cui all'articolo 8 della legge 12 marzo 1999, n. 68, o, in alternativa, le convenzioni di cui all'articolo 11 della citata legge». Tali informazioni sono altresì trasmesse alla già menzionata Consulta nazionale per l'integrazione in ambiente di lavoro delle persone con disabilità, nonché raccolte nell'ambito della Banca dati delle politiche attive e passive in materia di occupazione.

A garanzia dell'adozione di 'accomodamenti ragionevoli' preordinati ad un'efficace integrazione lavorativa dei disabili, il d. lgs. n. 75 del 2017 ha, poi, introdotto la figura del responsabile dei processi di inserimento delle persone con disabilità, sia pure nei limiti fissati dal nuovo art. 39-ter del d. lgs. n. 165 del 2001. Per le amministrazioni con più di 200 dipendenti, l'istituendo responsabile sarà tenuto a curare i rapporti con il centro per l'impiego territorialmente competente per l'inserimento lavorativo dei disabili, nonché con i servizi territoriali per l'inserimento mirato; predisporre, sentito il medico competente della propria amministrazione ed eventualmente il comitato tecnico di cui alla legge n. 68 del 1999, gli accorgimenti organizzativi; proporre, ove necessario, le soluzioni tecnologiche per facilitare l'integrazione al lavoro anche ai fini dei necessari accomodamenti ragionevoli⁹; nonché verificare l'attuazione del processo di inserimento, recependo e segnalando ai servizi competenti eventuali situazioni di disagio e di difficoltà di integrazione.

4. *L'integrazione lavorativa del disabile nel nuovo Codice dei contratti pubblici.*

L'inserimento della violazione delle norme a tutela del lavoro dei disabili tra i motivi di esclusione dalla procedura di gara, di cui all'art. 80, comma 5, lett. i) del Codice sui pubblici appalti del 2016, può iscriversi all'interno di un approccio normativo diretto a favorire appalti pubblici c.d. «socialmente responsabili», quale aspetto di un più ampio «modello sociale unico», in linea ora con la strategia Europa 2020, illustrata nella comunicazione della Commissione del 3 marzo 2010 dal titolo «Europa 2020 – Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva».

L'apporto offerto da taluni documenti, soprattutto di *soft law*, dell'Unione europea consente, infatti, di individuare una politica di promozione dei c.d. 'aspetti sociali', nel cui contesto gli Stati membri sono sollecitati ad introdurre, nelle procedure di gara, previsioni che attribuiscono rilevanza alle c.d. clausole sociali e nella cui cornice si colloca a pieno titolo la normativa in commento del Codice italiano degli appalti pubblici, ed in particolare la clausola di esclusione per violazione del diritto al lavoro dei disabili¹⁰.

Al riguardo, la pubblicazione della Commissione europea, dal titolo «*Acquisti sociali. Una guida alla considerazione degli aspetti sociali negli appalti pubblici*», impiega, infatti, l'espressione "*Buying social*" per indicare la possibilità offerta alle amministrazioni pubbliche di addivenire ad «operazioni di appalto che tengano conto di uno o più dei seguenti aspetti sociali: opportunità di occupazione, lavoro dignitoso, conformità con i diritti sociali e lavorativi, inclusione sociale

⁹ Sulle implicazioni del telelavoro ai fini di una effettiva integrazione del lavoratore disabile nell'ambiente del lavoro, cfr. V. PASQUARELLA, *Work-life balance: esiste un modello italiano di «conciliazione condivisa» dopo il Jobs Act?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2017, 41 ss., che richiama le previsioni contenute nell'art. 14, comma 1, della l. n. 124 del 2015, sulla promozione della conciliazione vita-lavoro nelle pubbliche amministrazioni, dove è utilizzata la formula più comprensiva, sussumibile nel c.d. *smart working* o "lavoro agile", di «sperimentazione [...] di nuove modalità spazio-temporali di svolgimento della prestazione lavorativa», garantendo, nel contempo, che «i dipendenti che se ne avvalgono non subiscano penalizzazioni ai fini del riconoscimento di professionalità e della progressione di carriera».

¹⁰ Cfr. sul tema, si veda già V. BERLINGÒ, *Partecipazione a pubbliche gare ed appalti riservati*, in F. SAITTA (a cura di), *Appalti e contratti pubblici. Commentario sistematico*, Padova, Cedam, 2016, cap. XXIV dell'*e-book*; ID., *Buying Social in the new Public Procurement Law. The European and Italian systems*, in *Prawo zamówień publicznych*, 2015-3, 12 ss.; nonché P. MICHARA, *Contrattazione e servizi "relazionali" ai sensi delle Direttive Comunitarie 2014/23/UE e 2014/24/UE. Spunti per un inquadramento*, in *Riv. It. dir. pubbl. com.*, 2016, 461 ss.

(inclusione delle persone con disabilità), pari opportunità, accessibilità, progettazione per tutti, considerazione dei criteri di sostenibilità, tra cui gli aspetti legati al commercio etico e una più ampia conformità di natura volontaristica con la responsabilità sociale di impresa (RSI), nel rispetto dei principi sanciti dal Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) e dalle direttive sugli appalti».

La generica locuzione “aspetti sociali”, riferita alla materia degli appalti pubblici in primo luogo dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea e successivamente sviluppata, con alcune comunicazioni della Commissione europea del 2001, poi con le direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, e, da ultimo, con le direttive 2014/24/UE, 2014/25/UE e 2014/23/UE, ha nel tempo acquisito un sempre maggiore rilievo giuridico, tanto da consentire alle amministrazioni di contribuire indirettamente alla promozione dello sviluppo, concorrendo al perseguimento dei più generali obiettivi di coesione – tra cui un elevato livello di occupazione e di protezione sociale, nonché della qualità e del miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro – annoverati, peraltro, tra i pilastri del processo di integrazione europea, con la Carta dei diritti fondamentali, soprattutto dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

Nella comunicazione interpretativa COM (2001)566 del 15 ottobre 2001, la Commissione europea ha indicato le possibilità offerte dal diritto comunitario di considerare gli aspetti sociali nelle procedure degli appalti pubblici, al fine di «garantire, in particolare, un'interazione positiva e dinamica delle politiche economiche, sociali e dell'impiego, che si rinforzano vicendevolmente».

Sia prima che dopo la pubblicazione della comunicazione, la Corte di Giustizia aveva ulteriormente evidenziato queste possibilità in una serie di importanti pronunce (fra le più citate, si ricordano le sentenze 17 settembre 2002, causa C-513/99, *Concordia Bus*, e 4 dicembre 2003, causa C-448/01, *Wienstrom*).

Le successive direttive sugli appalti adottate in data 31 marzo 2004 hanno consolidato il quadro giuridico di riferimento. Esse individuano le modalità di integrazione degli aspetti sociali nelle specifiche tecniche, nei criteri di selezione, nei criteri di aggiudicazione e nelle clausole di esecuzione dell'appalto. Va, in particolare, considerata la previsione di appalti riservati a laboratori per i lavoratori con disabilità, in quanto strettamente connessa alla finalità di promozione delle politiche sociali sottesa alla clausola di esclusione per violazione del diritto al lavoro dei disabili.

Si può rilevare, al riguardo, che l'art. 19, direttiva 2004/18/CE, recepito dall'art. 52 del previgente Codice degli appalti, è stato sostanzialmente confermato dall'art. 20, direttiva 2014/24/UE, trasfuso, a sua volta, nell'art. 112 del d. lgs. n. 50 del 2016¹¹.

Come emerge dalla sottolineatura operata in ordine al lavoro dei disabili, la stazione appaltante di commesse pubbliche finisce con l'influire sulle stesse politiche produttive delle imprese, orientandole ad investire in ‘aspetti sociali’ della propria attività e segnando il definitivo distacco da

¹¹ Secondo la formulazione dell'istituto offerta dal nuovo Codice dei contratti pubblici, «Fatte salve le disposizioni vigenti in materia di cooperative sociali e di imprese sociali, le stazioni appaltanti possono riservare il diritto di partecipazione alle procedure di appalto e a quelle di concessione o possono riservarne l'esecuzione ad operatori economici e a cooperative sociali e loro consorzi il cui scopo principale sia l'integrazione sociale e professionale delle persone con disabilità o svantaggiate o possono riservarne l'esecuzione nel contesto di programmi di lavoro protetti quando almeno il 30 per cento dei lavoratori dei suddetti operatori economici sia composto da lavoratori con disabilità o da lavoratori svantaggiati. Ai sensi del presente articolo si considerano soggetti con disabilità quelli di cui all'articolo 1 della legge 12 marzo 1999, n. 68, le persone svantaggiate, quelle previste dall'articolo 4 della legge 8 novembre 1991, n. 381, gli ex degenti di ospedali psichiatrici, anche giudiziari, i soggetti in trattamento psichiatrico, i tossicodipendenti, gli alcolisti, i minori in età lavorativa in situazioni di difficoltà familiare, le persone detenute o internate negli istituti penitenziari, i condannati e gli internati ammessi alle misure alternative alla detenzione e al lavoro all'esterno ai sensi dell'articolo 21 della legge 26 luglio 1975, n. 354 e successive modificazioni. Il bando di gara o l'avviso di preinformazione danno espressamente atto che si tratta di appalto o concessione riservata». Al tal riguardo, cfr. S. VARVA, *Promozione dei soggetti svantaggiati negli appalti pubblici. La regolazione locale e la direttiva 2014/24/UE*, in *Lav. e dir.*, 2016; più in generale P. CERBO, *La scelta del contraente negli appalti pubblici fra concorrenza e tutela della “dignità umana”*, in *Foro Amm.*, TAR, 2010, 1875 ss.

un criterio in passato ritenuto essenziale, ossia l'interesse economico quale obiettivo primario ed assoluto in materia di appalti¹².

La più recente evoluzione del diritto europeo trascende, quindi, l'originaria prospettiva, squisitamente mercantile dell'Unione, per accedere ad un approccio più equilibrato, valorizzando esigenze che concorrono a garantire, in pari misura, uno sviluppo economico e sociale sostenibile.

5. *L'osservanza degli obblighi in materia di lavoro dei disabili tra i requisiti di partecipazione alle pubbliche gare.*

La lettera i) dell'art. 80 del nuovo Codice del 2016, con una formulazione analoga a quella già presente nel corrispondente art. 38, comma 1, lett. l) del Codice del 2006, commina l'esclusione dalla procedura di gara per l'operatore economico che «non presenti la certificazione di cui all'art. 17 della legge 12 marzo 1999, n. 68 ovvero autocertifici la sussistenza del medesimo requisito»¹³.

Le previsioni codicistiche recepiscono, quindi, in seno ad un contesto normativo di portata generale, quale quello dei contratti pubblici, l'inclusione, tra i requisiti di partecipazione alle procedure di gara, della dichiarata osservanza della disciplina in materia di lavoro dei disabili, sancita dal richiamato art. 17, l. n. 68 del 1999¹⁴.

In particolare, ai sensi di tale ultimo disposto, le imprese che intendono partecipare a procedure per l'affidamento di appalti pubblici hanno l'obbligo di presentare preventivamente, a pena di esclusione, una dichiarazione del legale rappresentante che attesti di essere in regola con le norme disciplinatrici del diritto al lavoro dei disabili, nonché apposita certificazione, rilasciata dagli uffici competenti, circa l'ottemperanza alle norme di tale legge. L'adempimento in questione, peraltro, fa perno, sotto il profilo formale, su una particolare procedura di controllo, disciplinata dal precedente art. 9, comma 6, della stessa legge n. 68 del 1999, secondo il quale «i datori di lavoro pubblici e privati, soggetti alle disposizioni della presente legge, sono tenuti ad inviare in via telematica agli uffici competenti un prospetto informativo dal quale risultino il numero complessivo dei lavoratori dipendenti, il numero e i nominativi dei lavoratori computabili nella quota di riserva di cui all'articolo 3, nonché i posti di lavoro e le mansioni disponibili per i lavoratori di cui all'articolo 1».

Invero, dopo l'entrata in vigore dell'art. 77-bis, d.p.r. 28 dicembre 2000, n. 445, in materia di documentazione amministrativa, deve ritenersi sufficiente la semplice dichiarazione, in luogo della certificazione prevista dal citato art. 17. Va, infine, tenuto presente che il d.l. 25 giugno 2008, n. 112 (convertito dalla l. 6 agosto 2008, n. 133), ha disposto la modifica dell'art. 17, comma 1, l. n. 68 del 1999, che, nella sua attuale formulazione, recita: «Le imprese, sia pubbliche sia private, qualora partecipino a bandi per appalti pubblici o intrattengano rapporti convenzionali o di concessione con pubbliche amministrazioni, sono tenute a presentare preventivamente alle stesse la [sola]

¹² In argomento M. MATTALIA, *Gli operatori economici nella disciplina sugli appalti e concessioni tra concorrenza e solidarietà*, in *Dir. amm.*, 2016, 465 ss.; L. MAZZEO, *Gli appalti (e le concessioni) nei servizi sociali: un regime - non troppo - "alleggerito" frutto di una "complicata semplificazione"*, in *Urb. e app.*, 2016, 1001 ss.; P. MICHARA, *La attività altruistiche ad alta intensità di manodopera e i "regimi particolari" nel d.lgs. 50/2016*, in C. MARZUOLI - S. TORRICELLI (a cura di), *La dimensione sociale della contrattazione pubblica*, Napoli, 2017, 221 ss.

¹³ Per un commento alla disciplina, si rinvia a V. BERLINGÒ, *Requisiti: Violazione delle norme a tutela dei disabili*, in *L'Amministrativista*, Bussola del 10 dicembre 2017.

¹⁴ Con riguardo all'entrata in vigore del nuovo codice ed alla disciplina di diritto transitorio, si segnala che, ai sensi dell'art. 216, comma 1, del nuovo Codice del 2016, è previsto come lo stesso si applichi «alle procedure e ai contratti per i quali i bandi o avvisi con cui si indice la procedura di scelta del contraente siano pubblicati successivamente alla data della sua entrata in vigore nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o di avvisi, alle procedure e ai contratti in relazione ai quali, alla data di entrata in vigore del presente codice, non siano ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte». A differenza di altri istituti, l'inserimento, da parte dell'art. 80, comma 5, lett. i) del d. lgs. n. 50/2016, della violazione della normativa sul diritto al lavoro dei disabili tra i motivi di esclusione dalla partecipazione alla gara, non pone un problema di diritto transitorio stante la sostanziale coincidenza di formulazione tra la disposizione ora richiamata e la corrispondente norma del vecchio Codice del 2006, di cui all'art. 38, comma 1, lett. l.

dichiarazione del legale rappresentante che attesti di essere in regola con le norme che disciplinano il diritto al lavoro dei disabili, pena l'esclusione».

In ogni caso, la violazione delle norme a tutela dei disabili, in forza della previsione dell'art. 38, comma 1, lett. l), del Codice del 2006, e ora dell'art. 80, comma 5, lett. i) del Codice del 2016, si annovera tra le c.d. cause soggettive di esclusione dalla gara, per mancanza di un requisito legale di partecipazione.

L'obiettivo della piena socializzazione dei disabili – perseguito dalla legge n. 68 del 1999 sul versante dell'inserimento e dell'integrazione lavorativa – viene in rilievo come un valore in sé, direttamente riconducibile a più di un parametro costituzionale (segnatamente, agli artt. 2, 3, 4, 32, 35 e 38 della Carta) ed assume, pertanto, una pregnanza normativa, che travalica i più ristretti confini dell'interesse alla regolarità ed alla convenienza economica delle contrattazioni della pubblica amministrazione, sicché la sua inosservanza non può ritenersi sanabile alla stregua di una mera irregolarità formale¹⁵.

Ne consegue l'inclusione del rispetto delle norme a tutela dei disabili tra i requisiti soggettivi di ordine generale, detti anche di 'ordine pubblico' o di moralità, direttamente attinenti alle condizioni soggettive del concorrente, nonché ai criteri di selezione, che – a differenza dei criteri di scelta rilevanti nella fase di individuazione dell'offerta migliore – attengono all'astratta idoneità dei concorrenti ad eseguire la prestazione contrattuale, anche sotto il profilo dell'etica.

La chiara matrice di ordine pubblico, già rinvenibile nella previsione di cui all'art. 38 del codice del 2006, fa sì che la sua applicazione non venga fatta dipendere dall'inserimento o meno dell'obbligo ivi previsto fra le specifiche clausole delle singole gare, con la conseguenza che il bando, privo di riferimento agli obblighi derivanti dalla norma legislativa anzidetta, deve intendersi dalla stessa comunque integrato¹⁶.

Il precetto in esame rientra tra quelle disposizioni di legge dalle quali si può ricavare una regola certa e applicabile ad ogni categoria di procedure concorsuali, sicché deve essere ritenuta auto-esecutivo e di immediata applicazione anche ai procedimenti i cui bandi non l'abbiano richiamata e indipendentemente da ogni pedissequa formula ripetitiva contenuta nella *lex specialis*¹⁷.

Se è vero che le preminenti esigenze della certezza del diritto e della tutela della *par condicio* dei concorrenti impediscono all'amministrazione di disattendere arbitrariamente i precetti fissati nella normativa di gara dalla stessa formulata, è altrettanto incontestabile che il rispetto della *lex specialis* non può mai condurre l'amministrazione a ritenersi esonerata dalla puntuale osservanza degli obblighi derivanti da altri, superiori, dettati positivi. Tale conclusione si impone non solo in virtù del fondamentale canone di legalità, immanente in ogni attività amministrativa, ma, altresì, per l'ovvia considerazione che un argomento del genere, qualora portato alle sue estreme conseguenze, si tradurrebbe in un'inammissibile elusione della portata vincolante di precisi disposti legislativi, mediante la predisposizione di bandi di gara artatamente lacunosi¹⁸.

Non può trascurarsi, infatti, che la normativa di gara è posta da un atto amministrativo al quale vengono sovente estesi i principi dell'«eterointegrazione precettiva». In altre parole, se l'amministrazione fissa una regola contraria alla legge, per chi ha interesse ad invalidarla si apre la via dell'impugnativa del bando di gara, nei modi e nei tempi stabiliti dalla legge processuale

¹⁵ Cons. St., Sez. V, 18 novembre 2004, n. 7555.

¹⁶ Cons. St., Sez. V, 24 gennaio 2007, n. 256.

¹⁷ Cons. Giust. Amm., 29 luglio 2005, n. 487.

¹⁸ Cfr. Cons. St., Sez. V, 16 ottobre 2013, n. 5023: «La dichiarazione di cui all'art. 17, l. n. 68 del 1999, e s.m.i., costituisce un requisito di partecipazione fondamentale, la cui omissione è causa di esclusione per la forza cogente derivante dalla legge, anche ove non richiamata dalla singola *lex specialis*». *Contra* Cons. St., Sez. V, 24 novembre 2011, n. 6240; Cons. St., Sez. V, 8 ottobre 2011, n. 5497, per le quali: «Non vi è ragione di escludere da una gara la ditta che, nel rispetto delle disposizioni dettate dalla *lex specialis* di gara, abbia presentato una dichiarazione, generale ed onnicomprensiva, attestante l'inesistenza di tutte le cause di esclusione previste dall'art. 38, ed abbia così anche dichiarato di essere in regola con le norme sul lavoro dei disabili. Beninteso, la dichiarazione così resa rimane soggetta alle verifiche del caso, per cui, ove emerga la sussistenza, in concreto, della citata causa di esclusione, segue l'effetto espulsivo.»

siccome interpretata dalla giurisprudenza, a seconda della natura, immediatamente lesiva o meno, della clausola censurata; nel diverso caso in cui la stazione appaltante ometta di inserire nella disciplina di gara un contenuto previsto come obbligatorio dall'ordinamento giuridico, invece, non sussiste alcun onere di tempestiva impugnazione, soccorrendo al riguardo il suddetto meccanismo di integrazione automatica: in tal guisa, analogamente a quanto avviene nel diritto civile ai sensi degli artt. 1374 e 1339 c.c., si colmano in via suppletiva le eventuali lacune del provvedimento adottato dalla pubblica amministrazione¹⁹.

Il bando, dunque, non può affatto considerarsi l'unica fonte della disciplina degli specifici requisiti di partecipazione, non potendo esso prescindere dalle altre fonti normative esterne ad esso.

Con specifico riferimento all'adempimento dell'onere di produzione documentale imposto dall'art. 17, l. n. 68 del 1999, si può segnalare come dello stesso sia stata proposta una qualificazione nei termini di requisito di partecipazione alla gara, e non come condizione dell'aggiudicazione, richiedendosi, conseguentemente, che la produzione della relativa documentazione avvenga al momento della presentazione della domanda, e non all'esito della gara e prima dell'aggiudicazione definitiva.

Tale qualifica poggia su due fondamentali ordini di argomentazione.

Sul versante teleologico, le finalità della disposizione in esame – ossia quella di garantire all'amministrazione la conclusione del contratto con un'impresa che osservi la normativa sul diritto al lavoro dei disabili, ma anche quella di assicurare e di perseguire il più ampio rispetto di quest'ultima – risultano conseguite con maggiore efficacia ove la disposizione venga letta nel senso che il rispetto della normativa a tutela dei disabili deve essere attestato al momento della presentazione della domanda di partecipazione alla gara. Secondo quanto statuito dai Giudici di Palazzo Spada, la finalità ultima dell'art. 17 è quella di incentivare le assunzioni obbligatorie, vincolando i concorrenti alle procedure ad evidenza pubblica a mettersi in regola rispetto alle norme in materia di disabili, nonché quella di «combattere, favorendo un progressivo mutamento dell'atteggiamento culturale della società civile e della comunità economica nei confronti delle persone minorate, la perniciosa sottovalutazione dell'importanza di talune norme di garanzia»²⁰. L'opzione ermeneutica che richiede l'osservanza della normativa a tutela dei disabili solo al momento della conclusione del contratto con l'impresa vincitrice della gara garantisce con minore efficacia la tutela dei disabili, posto che, in quest'ultimo caso, il carattere eventuale e futuro della sanzione dell'esclusione potrebbe indurre le imprese partecipanti a rinviare ad un tempo successivo la regolarizzazione, sotto il profilo considerato, della propria organizzazione.

Secondo una argomentazione letterale, il testo della disposizione, laddove prescrive alle imprese che «partecipino a bandi» di «presentare preventivamente» la documentazione ivi descritta, individua chiaramente nella presentazione della domanda di partecipazione la fase procedimentale nella quale va adempiuta quella prescrizione, escludendo, al contempo, la riferibilità dell'avverbio «preventivamente» all'aggiudicazione definitiva della gara.

Gli argomenti da ultimo illustrati consentono di fare chiarezza anche sull'esatta individuazione del termine di presentazione della produzione documentale richiesta dall'art. 17²¹.

Il loro richiamo permette di ritenere ormai superato l'orientamento²², secondo cui la norma andrebbe intesa nel senso che l'ottemperanza agli obblighi di assunzione deve essere attestata unicamente dall'impresa vincitrice della gara, pena l'annullamento dell'aggiudicazione provvisoria, in quanto condizione per addivenire all'aggiudicazione definitiva ovvero alla stipulazione del contratto, senza precludere la partecipazione alla gara.

¹⁹ Cons. St., Sez. V, 18 novembre 2004, n. 7555.

²⁰ Cons. St., Sez. V, 18 novembre 2004, n. 7555, già prima richiamata.

²¹ Cons. St., Sez. VI, 21 luglio 2003, n. 4204, secondo cui «Gli oneri di attestazione prescritti dall'art. 17 devono essere adempiuti da tutti i concorrenti alle pubbliche gare già in sede di partecipazione, ossia allegando la prescritta attestazione in sede di trasmissione dell'offerta»; mentre TAR. Lombardia, Brescia, 6 maggio 2003, n. 493 statuisce che: «Anche dopo la scadenza del termine per la presentazione delle offerte, purché anteriormente all'aggiudicazione (provvisoria)».

²² TAR, Abruzzo, Pescara, 6 aprile 2001, n. 348

Con specifico riguardo, poi, al novero dei principi generali applicabili alle procedure ad evidenza pubblica, rientra, tra gli altri, il principio della continuità del possesso dei requisiti di partecipazione.

In proposito, è opportuno ricordare che l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha avuto modo di affermare il principio di diritto secondo cui «nelle gare d'appalto per l'aggiudicazione di contratti pubblici i requisiti generali e speciali devono essere posseduti dai candidati non solo alla data di scadenza del termine per la presentazione della richiesta di partecipazione alla procedura di affidamento, ma anche per tutta la durata della procedura stessa fino all'aggiudicazione definitiva ed alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo di esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità»²³.

Tale indirizzo è stato ampiamente condiviso dalla giurisprudenza prevalente²⁴. In particolare, in una recente pronuncia, il T.A.R. del Lazio ne ha fatto applicazione, giustificando l'esclusione dalla gara di un operatore economico per temporanea inottemperanza agli obblighi relativi all'assunzione dei soggetti disabili, circostanza, quest'ultima, sopravvenuta rispetto alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte²⁵.

Ed invero, in una recente pronuncia il Consiglio di Stato ha chiarito che il principio di continuità nel possesso dei requisiti di ammissione si impone «non in virtù di un astratto e vacuo formalismo procedimentale, quanto piuttosto a garanzia della permanenza della serietà e della volontà dell'impresa di presentare un'offerta credibile e dunque della sicurezza per la stazione appaltante dell'instaurazione di un rapporto con un soggetto, che, dalla candidatura in sede di gara fino alla stipula del contratto e poi ancora fino all'adempimento dell'obbligazione contrattuale, sia provvisto di tutti i requisiti di ordine generale e speciale per contrattare con la P.A.»²⁶.

Con riguardo all'individuazione dei soggetti tenuti ad adempiere all'obbligo di esibizione documentale imposto dall'art. 17, va considerato superato l'orientamento che lo pone in capo soltanto all'impresa provvisoriamente aggiudicataria, e non anche alla generalità dei concorrenti²⁷.

Può ritenersi, di contro, ormai unanimemente accolta l'interpretazione secondo cui ogni singola impresa interessata è tenuta ad adempiere ai predetti obblighi di esibizione ancor prima di prendere parte alla gara, di modo che l'ottemperanza alle disposizioni della legge n. 68 del 1999 condizioni (non già l'aggiudicazione, bensì) la stessa ammissione dei concorrenti alla procedura²⁸.

In ogni caso, nelle ipotesi di esonero attualmente ammesse l'onere di allegazione si ridurrà alla produzione della sola dichiarazione di regolarità, non dovendosi discutere della sussistenza o meno dell'obbligo di assunzione, ma semmai della sussistenza o meno dell'obbligo di attestazione (sulla regolarità della propria posizione) in sede di gara²⁹. Giova ricordare che sull'imposizione dell'obbligo dichiarativo anche a carico delle imprese ora menzionate milita non solo la richiamata finalità di ordine pubblico della norma, ma anche l'esigenza di evitare che la stazione appaltante debba verificare *aliunde* se l'impresa occupa un numero di lavoratori tale da esentarla dall'assunzione dei disabili.

²³ Cons. St., Ad. Plen. 20 luglio 2015, n. 8 e n. 29 febbraio 2016, n. 6.

²⁴ Tar. Aosta, Valle d'Aosta, Sez. I, 14 giugno 2016, n. 29; T.A.R. Catania, Sicilia, Sez. I, 6 ottobre 2016, n. 2422.

²⁵ Tar Lazio, Roma, Sez. II, 27 giugno 2016, n. 11528.

²⁶ Cons. St., Sez. III, 6 marzo 2017 n. 1050; orientamento condiviso da Consiglio di Stato, Sez. VI, 25 settembre 2017, n. 4470 secondo cui, quando «la gara è aggiudicata ed il contratto stipulato, deve differenziarsi la posizione dell'aggiudicatario da quella delle imprese concorrenti collocatesi in posizione non utile. Mentre per il primo, il momento contrattuale costituisce l'appendice negoziale e realizzativa della procedura ed impone il mantenimento, giusto quanto chiarito dalla Plenaria, dei requisiti richiesti e dichiarati in sede di partecipazione, per le seconde la procedura è da considerarsi terminata: l'offerta formulata non è più vincolante nei confronti dell'amministrazione e cessa quel rapporto che si era instaurato con la domanda di partecipazione». Del resto, si conclude, «sarebbe irragionevole pretendere (non già il possesso dei requisiti, ma) la continuità del possesso per un periodo indefinito, durante il quale non c'è alcuna competizione, alcuna attività valutativa dell'amministrazione e, per giunta, alcun impegno vincolante nei confronti dell'amministrazione».

²⁷ T.A.R. Lombardia, Brescia, 6 maggio 2003, n. 493

²⁸ Cons. Stato, Sez. V, 6 luglio 2002, n. 3733

²⁹ Tar Liguria, Sez. II, 10 aprile 2013, n. 620.

Più di recente, il Consiglio di Stato propone di verificare la sussistenza dell'obbligo dichiarativo alla luce di un criterio c.d. «condizionalistico», nel senso che in tanto potrà ritenersi sussistente l'obbligo di dichiarare, in quanto la dichiarata osservanza di un requisito sostanziale, in concreto imposto da una normativa di settore, si renda necessario per dirimere ogni incertezza in ordine alla sussistenza o meno dei presupposti di applicazione della stessa normativa³⁰. Facendo applicazione di tale criterio, i giudici amministrativi concludono che le imprese pacificamente esenti dal rispetto delle cc.dd. 'quote di riserva' nell'assunzione di soggetti disabili di cui alla l. n. 68 del 1999, non sono comunque tenute al rispetto di un obbligo dichiarativo (per così dire 'di segno meramente negativo'). Ciò in quanto un problema di rispetto della normativa in tema di assunzioni obbligatorie si pone - a rigore - solo nel caso di impresa in concreto assoggettata a tale normativa.

Nelle procedure ad evidenza pubblica, l'omissione (così come l'incompletezza) della dichiarazione prevista dall'art. 38, comma 1, lett. l), del d.lgs. n. 163 del 2006, ed ora dall'art. 80, comma 5, lett. i) del Codice del 2016, rappresenta una autonoma violazione di legge, sanzionabile, come tale, con l'esclusione dalla gara, senza che possano effettuarsi valutazioni circa la sussistenza in concreto del requisito³¹.

La dichiarazione deve essere puntuale ed esaustiva in quanto l'amministrazione, sulla base della stessa, può decidere in merito alla legittima ammissione alla gara e, conseguentemente, la difformità della stessa dal vero o la sua incompletezza non possono essere sanate *ex post*³². Di contro, in presenza di una dichiarazione equivoca, poco chiara o erronea, deve ritenersi consentito all'amministrazione richiedere l'intervento chiarificatore del concorrente in relazione a quanto dichiarato, in ossequio al disposto dell'art. 46, comma 1, del Codice del 2006, ed ora articolo 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016 - così come modificato dal d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56, recante *Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50* - che disciplina il c.d. 'potere di soccorso' della stazione appaltante, la cui estensione è stata oggetto della pronuncia dell'Adunanza Plenaria 25 febbraio 2014, n. 9.

L'attuale impostazione sembra la più aderente alle prescrizioni di legge, atteso che il citato art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016 consente che, in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica, se necessario, i concorrenti siano invitati a completare o fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati, riguardanti i requisiti generali per l'ammissione alla gara. In particolare, secondo la disciplina attuale - nella sua nuova formulazione modificata ad opera del d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56 - la stazione appaltante è tenuta ad assegnare al concorrente un termine non superiore a dieci giorni perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, la legge prevede l'esclusione del concorrente dalla gara e specifica, altresì, che

³⁰ Sez. VI, 19 marzo 2015, n. 1422.

³¹ Cons. St., Sez. V, 16 ottobre 2013, n. 5023.

³² Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC), parere 28 ottobre 2014, n. 81. Da ultimo, sul tema, cfr. M. FORLIVESI, *Sulle clausole sociali di equo trattamento nel nuovo codice degli appalti pubblici*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2017, 686 ss., da cui si evince: « Per quanto concerne il rispetto della normativa sul collocamento obbligatorio i giudici amministrativi condividono l'orientamento ministeriale evocato dall'appellata secondo cui dal computo dei lavoratori impiegati ai fini della quota di riserva debbano essere esclusi i lavoratori assunti in virtù delle clausole sociali di continuità occupazionale in quanto l'incremento occupazionale del personale già impegnato in un appalto e acquisito per "cambio appalto" ha carattere provvisorio, destinato a ridursi al termine dell'esecuzione dell'appalto, e pertanto non deve essere computato nella quota di riserva. Tuttavia si rileva che "l'eccezione sollevata dall'aggiudicataria risulta essere generica e priva di specifica e articolata argomentazione non avendo essa allegato (né supportato da un adeguato mezzo di prova) in modo analitico e puntuale quale sia la consistenza della base organica una volta scomputati i dipendenti assunti in ragione del subentro in appalti in applicazione delle clausole sociali, né è stato indicato, neppure genericamente, quanti siano i lavoratori dipendenti che dovrebbero essere esonerati dal computo in quanto asseritamente assunti in virtù delle clausole sociali". Pertanto la dichiarazione resa nella domanda di partecipazione dall'aggiudicataria sulla regolare applicazione della normativa in materia di assunzione obbligatoria risulta "non completa", "fuorviante", "foriera di inutili aggravii procedurali e di assai dubbia esattezza"».

costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa.

Il pieno riconoscimento di un tale principio nel settore delle gare pubbliche si pone in linea con quello di carattere più generale - sancito dall'art. 6, comma 1, lett. b), l. n. 241 del 1990 - secondo cui il responsabile del procedimento adotta ogni misura per l'adeguato e sollecito svolgimento dell'istruttoria e può chiedere «il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o istanze erranee o incomplete [...]»; detto principio soddisfa la primaria esigenza di consentire la massima partecipazione alla selezione, consentendo di correggere l'eccessivo rigore delle forme insito nella logica 'della caccia all'errore' e di eliminare quelle situazioni di esclusioni dalle gare anche per violazioni puramente formali. Come chiarito dall'Adunanza Plenaria, nelle procedure di gara il 'potere di soccorso', si sostanzia unicamente nel dovere della stazione appaltante di regolarizzare certificati, documenti o dichiarazioni già esistenti, ovvero di completarli, ma solo in relazione ai requisiti soggettivi di partecipazione, chiedere chiarimenti, rettificare errori materiali o refusi, fornire interpretazioni di clausole ambigue nel rispetto della *par condicio* dei concorrenti, pur non consentendo tuttavia la produzione tardiva del documento o della dichiarazione mancante o la sanatoria della forma omessa, ove tali adempimenti siano previsti a pena di esclusione dal Codice dei contratti pubblici, dal regolamento di esecuzione e dalle leggi statali, e sempre che la contraddittorietà della dichiarazione non sia tale da farla risultare come inesistente, con esclusione del potere di chiedere chiarimenti o integrazioni³³.

Con riguardo all'ipotesi di esclusione in esame, sembra essere prevalente un orientamento secondo il quale la comminatoria di esclusione per le imprese che non dichiarino preventivamente di essere in regola con le norme che disciplinano il diritto al lavoro dei disabili concerne solo i casi in cui tale dichiarazione risulti del tutto mancante e la dichiarazione prevista dall'art. 17 l. n. 68 del 1999 non venga depositata a seguito di esplicita e doverosa richiesta della stazione appaltante, in ossequio al c.d. 'potere di soccorso' dalla stessa esercitato³⁴. In linea con tale impostazione, il giudice amministrativo ha negato la sussistenza degli elementi idonei ad integrare la fattispecie tipica della causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. i) del d.lgs. n. 50 del 2016 nell'ipotesi in cui un operatore economico concorrente, la cui domanda conteneva la dichiarazione di «non essere tenuto alla disciplina della legge n. 68 del 1999», forniva - su richiesta della stazione appaltante - la dichiarazione espressa³⁵.

Con riguardo alle ipotesi di mera e generica dichiarazione sostitutiva attestante, in modo omnicomprendente, l'ottemperanza della disciplina contributiva, previdenziale e di tutela e sicurezza del lavoro, per le quali si è finora esclusa una equipollenza funzionale rispetto agli adempimenti procedurali puntualmente imposti dall'art. 17 della l. n. 68 del 1999, si deve registrare una recente apertura da parte del giudice amministrativo, per la specifica fattispecie in cui il disciplinare di gara consenta e ritenga come opzione preferibile che la domanda di ammissione e le autodichiarazioni siano redatte secondo un modello prestampato allegato dall'amministrazione allo stesso disciplinare³⁶.

Merita, infine, un richiamo l'orientamento giurisprudenziale³⁷ che, anche in merito alla causa di esclusione, fa applicazione della categoria del c.d. 'falso innocuo', nelle specifiche ipotesi di dichiarazioni di non assoggettabilità alle norme della l. n. 68 del 1999, che, pur riferendosi a circostanze non veritiere, siano comunque rese da una impresa di fatto non assoggettabile a dette norme per motivi diversi da quelli dichiarati. Si tratta, in tali ipotesi, di un falso inidoneo, anche solo potenzialmente - sulla base di una valutazione *ex ante*³⁸ - ad incidere sull'esito della procedura di evidenza pubblica, e per ciò stesso qualificabile come 'falso innocuo'.

³³ Cons. St., Sez. III, 9 maggio 2014, n. 2376.

³⁴ Tar Liguria, Genova, Sez. II, 26 settembre 2014, n. 1381.

³⁵ Tar Lazio, Roma, Sez. I bis, 13 luglio 2017, n. 8449.

³⁶ Cons. St., Sez. V, 26 maggio 2015, n. 2636.

³⁷ T.A.R. Umbria, Sez. I, 1 aprile 2011, n. 103.

³⁸ T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 1° marzo 2011, n. 599.

Secondo un recente (seppure non univoco) orientamento giurisprudenziale, ai fini dell'esclusione dalla gara di appalto per omissione di una delle dichiarazioni previste dall'art. 38 del Codice del 2006, occorre, invero, effettuare una valutazione sostanzialistica della sussistenza delle cause ostative, atteso che il comma 1 dell'art. 38 ricolleggerebbe l'esclusione dalla gara al dato sostanziale del mancato possesso dei requisiti indicati, non prevedendo il comma 2 analoga sanzione per l'ipotesi della mancata o non perspicua dichiarazione; ne conseguirebbe che solo l'insussistenza, in concreto, di tali cause di esclusione previste dalla norma da ultimo indicata comporta l'effetto espulsivo³⁹.

³⁹ Cons. St., Sez. V, 24 marzo 2011, n. 1795. Al riguardo, si segnala altresì che, a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 50 del 2016, il Presidente dell'ANAC ha inteso emanare due Comunicati, pubblicati rispettivamente in data 11 maggio 2016 e 8 novembre 2017, contenenti alcune indicazioni operative in materia di procedure ad evidenza pubblica. In particolare, con il primo comunicato, il Presidente dell'ANAC ha inteso emanare *Indicazioni operative alle stazioni appaltanti e agli operatori economici a seguito dell'entrata in vigore del Codice dei Contratti Pubblici, d.lgs. n. 50 del 18.4.2016* per regolamentare, tra l'altro, l'ipotesi della presentazione di falsa dichiarazione o falsa documentazione da parte dell'operatore economico nelle procedure di gara e negli affidamenti di subappalto, di cui, ai sensi del comma 12 del citato art. 80 del nuovo Codice del 2016, la stazione appaltante dà apposita segnalazione all'Autorità. Quest'ultima, in base alle predette 'Indicazioni', – se ritiene che le dichiarazioni siano state rese con dolo o colpa grave, in considerazione della rilevanza o della gravità dei fatti, oggetto della falsa dichiarazione o della presentazione di falsa documentazione, dispone l'iscrizione per due anni dell'operatore economico nel casellario informatico gestito dalla stessa ANAC, ai fini della conseguente esclusione. Al riguardo, ai sensi dell'art. 213, comma 9, del Codice cit., l'Autorità prescrive le modalità di funzionamento dell'Osservatorio dei contratti pubblici, nonché le informazioni obbligatorie che le stazioni appaltanti e gli enti aggiudicatori sono tenuti a trasmettere all'Osservatorio medesimo, stabilendo i termini e le forme di comunicazione. Il successivo comma 10 prevede che l'Autorità gestisce il Casellario informatico dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, istituito presso l'Osservatorio, contenente tutte le notizie, le informazioni e i dati relativi agli operatori economici con riferimento alle iscrizioni previste dall'art. 80 del Codice medesimo. L'adozione degli atti di competenza dell'Autorità volti a individuare le informazioni obbligatorie e le relative modalità di trasmissione presuppone il preventivo adeguamento di tutti i sistemi informatici per renderli compatibili con le previsioni introdotte dal nuovo Codice, anche in un'ottica di semplificazione e razionalizzazione dei processi, nonché l'emanazione degli atti regolamentari che disciplinano talune nuove competenze attribuite all'Autorità. Nelle more, al fine di evitare l'interruzione dei flussi informativi necessari al corretto svolgimento della contrattualistica pubblica e dell'attività di vigilanza dell'Autorità, il Presidente dell'ANAC, con il comunicato di cui sopra, ha statuito che «con riferimento alle procedure di scelta del contraente avviate in vigore del d.lgs. n. 163 del 2006, restano fermi gli obblighi di comunicazione previsti dal richiamato decreto legislativo e dal d.p.r. n. 207 del 2010, che dovranno essere assolti secondo le modalità di trasmissione già determinate dall'Autorità con atti a carattere generale». Allo scopo di agevolare l'assolvimento dell'obbligo di trasmissione delle informazioni riferite anche alle procedure bandite in applicazione del nuovo Codice, l'Autorità ha ritenuto opportuno mantenere a disposizione dei soggetti obbligati le modalità telematiche già in uso, accessibili dal [sito web](#) dell'ANAC alla sezione 'servizi'. Tuttavia, atteso che detti sistemi telematici sono stati configurati sulla base delle disposizioni normative del Codice del 2006, il Presidente dell'ANAC ha inteso introdurre indicazioni operative per far fronte all'evenienza pratica che, con riferimento a procedure bandite ai sensi del nuovo Codice del 2016, debbano essere inserite informazioni che non trovano esatta corrispondenza nelle fattispecie descritte nei modelli a suo tempo messi a disposizione dall'Autorità per la Vigilanza dei contratti pubblici. Difatti, la comunicazione delle informazioni relative a episodi di esclusione dalle procedure di affidamento di contratti pubblici, relativi a lavori, servizi o forniture, incidenti sui requisiti generali di cui all'art. 38 del Codice del 2006, nonché le altre notizie utili emerse in sede di gara, avevano già formato oggetto del comunicato del Presidente dell'Autorità per la Vigilanza dei contratti pubblici, del 18 Dicembre 2013. Veniva, in quella occasione, introdotto l'obbligo per le stazioni appaltanti di utilizzo del Modello A, da inviare all'Autorità a mezzo posta elettronica (nonché per conoscenza all'operatore economico segnalato). Pertanto, con il citato Comunicato dell'11 maggio 2016, il Presidente dell'ANAC dispone che «i riferimenti normativi contenuti nel Modello A allegato al Comunicato su richiamato devono intendersi riferiti alle corrispondenti disposizioni del nuovo Codice, secondo quanto indicato dalla Tabella 2», che, a sua volta, sancisce la corrispondenza tra l'art. 80, comma 5, lett. i) del nuovo Codice del 2016, e l'art. 38, comma 1, lett. l), del Codice del 2006. In data 8 novembre del 2017, il Presidente dell'ANAC ha emanato, inoltre, *Indicazioni alle stazioni appaltanti e agli operatori economici sulla definizione dell'ambito soggettivo dell'art. 80 del d.lgs. 50/2016 e sullo svolgimento delle verifiche sulle dichiarazioni sostitutive rese dai concorrenti ai sensi del d.p.r. n. 445 del 2000 mediante utilizzo del modello di D.G.U.E.* Tale intervento trova giustificazione nel fatto che, come specificato dallo stesso documento, il d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56, ha apportato alcune modifiche all'art. 80 del Codice del 2016, rendendo necessario l'aggiornamento del primo Comunicato: «attesa la rilevanza delle questioni interessate» l'Autorità specifica di avere ritenuto opportuno fornire alcune indicazioni operative di massima «volte a consentire il normale svolgimento delle operazioni di gara nelle more dell'adozione di un atto a carattere generale che avverrà nel rispetto delle procedure previste dall'art. 213 del d.lgs. 50/2016». Nei suoi due primi paragrafi il Comunicato si

6. *Brevi considerazioni conclusive.*

Il prevalere, negli indirizzi giurisprudenziali da ultimo recensiti, di un criterio sostanzialistico a favore delle imprese, comunque sia non assoggettabili al vincolo delle «quote di riserva», potrebbe apparire come un orientamento in controtendenza rispetto all'affermarsi, anche in Italia, degli itinerari di riforma volti a rendere sempre più effettiva l'integrazione del lavoratore disabile, nel quadro della sempre più ampia «parabola dell'integrazione del disabile»⁴⁰.

Per converso, anche queste linee di tendenza giurisprudenziali, se lo sguardo si appunta su di uno scenario più generale, possono essere lette in una chiave di coordinamento sistemico delle misure dirette pur sempre al conseguimento di una viepiù intensa effettività nella tutela del lavoratore disabile. Non si può, infatti, trascurare il dato che le iniziative predisposte sia dal d. lgs. n. 151 del 2015, sia, più di recente, dal d. lgs. n. 75 del 2017 – al fine di perseguire quella più effettiva tutela di cui si è detto – fanno leva sul coinvolgimento e sulla partecipazione ai nuovi organismi di consultazione, monitoraggio e pianificazione – istituiti allo scopo di propiziare una maggiore effettività dell'integrazione lavorativa del disabile – proprio delle rappresentanze di imprenditorialità sociale agevolate dagli indirizzi giurisprudenziali di cui sopra.

Di là, quindi, da ogni apparente aporia, sembra potersi concludere nel senso di un reale avanzamento del sistema, nel suo complesso considerato, in favore di un inserimento sempre più pieno ed effettivo del disabile nel mondo del lavoro.

concentra rispettivamente sull'ambito soggettivo di applicazione del motivo di esclusione attinente all'assenza di condanne penali (art. 80, commi 1 e 3) e sull'ambito soggettivo del motivo di esclusione attinente alla presenza di cause di decadenza, sospensione e divieto derivanti da misure di prevenzione o di un tentativo di infiltrazione mafiosa di cui all'art. 84 del d.lgs. n. 159 del 2011 (art. 80, comma 2). Nel terzo paragrafo, si affrontano alcune questioni strettamente legate alle modalità di dichiarazione del possesso dei requisiti di cui all'art. 80, che deve essere resa dal legale rappresentante dell'impresa concorrente con riferimento a tutti i soggetti indicati al comma 3 dell'art. 80 del Codice del 2016. L'ultima parte è dedicata alla fase di verifica delle dichiarazioni sull'assenza dei motivi di esclusione e sulla presenza delle condizioni di partecipazione da parte delle stazioni appaltanti, con particolare attenzione per alcuni problemi applicativi principalmente legati al fatto che il Codice non fornisce specifiche indicazioni in ordine ai tempi e alle modalità delle verifiche sulle dichiarazioni sostitutive rese dai concorrenti sul possesso dei requisiti di partecipazione. Nel silenzio della legge, secondo la ricostruzione interpretativa che emerge dal Comunicato, è possibile potere ricavare indicazioni operative dal disposto dell'art. 85, comma 5, del Codice e dell'art. 71 del d.p.r. 445/2000 (richiamato dal D.G.U.E). In particolare, ferma restando l'obbligatorietà del controllo sul primo classificato, da effettuarsi prima dell'aggiudicazione dell'appalto, nel Comunicato si osserva che nelle precedenti fasi della procedura le stazioni appaltanti sono tenute a verificare i requisiti generali e speciali, anche ai sensi dell'art. 83, comma 8, del Codice, sulla base delle autodichiarazioni presentate dai concorrenti, di cui è verificata la completezza e conformità a quanto prescritto dal bando. Le stazioni appaltanti – prosegue il Presidente dell'ANAC – possono procedere al controllo della veridicità e sostanza di tali autodichiarazioni anche a campione e in tutti i casi in cui ciò si rendesse necessario per assicurare la correttezza della procedura, ivi compresa l'ipotesi in cui sorgano dubbi sulla veridicità delle stesse.

⁴⁰ S. TRIOLO, *Il diritto allo studio tra Stato e Regioni*, in *Federalismi.it*, 2012, come citato da E. CARLONI, *Il diritto all'istruzione come diritto di cittadinanza*, in A. BARTOLINI - A. PIOGGIA (a cura di), *Cittadinanze amministrative*, Firenze University Press, Firenze, 2016, 81 ss.