

Lo stato dell'arte sulla parità di genere e generazionale tra vecchio e nuovo Codice dei Contratti Pubblici.

di Ilenia Paziani

IL
PUN
TO

Introduzione

Negli ultimi due anni si sono susseguite varie norme volte a garantire e tutelare la parità di genere e generazionale nell'ambito della contrattualistica pubblica.

Tali disposizioni si inseriscono tra le c.d. clausole sociali volte a rendere l'approvvigionamento pubblico uno strumento idoneo ad incidere non solo sul tessuto economico del paese, ma anche su quello sociale.

Tra le clausole sociali troviamo infatti anche quelle volte a garantire l'inserimento nel mondo del lavoro delle persone con disabilità, ovvero quelle volte a conferire stabilità lavorativa e un congruo trattamento economico ai dipendenti.

Come è noto, il Decreto Semplificazioni bis (DL n. 77 del 2021 convertito in legge n. 108/2021) si è spinto a prevedere, con riferimento ai contratti pubblici finanziati in tutto o in parte con i fondi del PNRR e PNC, persino l'obbligo di legge volto all'inserimento nei bandi di gara di specifiche clausole a tutela della parità di genere, generazionale e dell'impiego di persone con disabilità.

Ci si riferisce in particolare all'articolo 47 del suddetto decreto che individua:

- prescrizioni di gara che devono intendersi automaticamente inserite nella legge di gara (e quindi a prescindere da un'espressa previsione), come ad esempio l'obbligo di presentare in gara la relazione del rapporto sulla situazione del personale;
- clausole che devono obbligatoriamente essere previste dalla stazione appaltante, salvo espressa motivazione in senso contrario, che però laddove non previste non etero-integrano la legge di gara, come la riserva in favore di donne e giovani della quota del 30% delle nuove assunzioni necessarie ad eseguire il contratto;
- prescrizioni premiali che possono essere previste in via facoltativa dalla singola stazione appaltante, riguardanti ulteriori norme volte a garantire un maggiore impiego di donne e giovani.

Inoltre, solo un anno fa, l'articolo 34 del D.L. 30 aprile 2022, n. 36 rubricato "Ulteriori misure urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR)", ha introdotto delle modifiche agli articoli 93 comma 7 e 95 comma 13 del d.lgs. n. 50/2016 (ormai "vecchio" Codice dei Contratti Pubblici), in tema di garanzie per la partecipazione alle procedure di gara, introducendo il possesso della certificazione della parità di genere quale ulteriore ipotesi di riduzione della cd. "garanzia provvisoria".

Ebbene, lo scorso 31 marzo 2023 sulla **Gazzetta Ufficiale – Serie Generale n. 77 è stato pubblicato il D.lgs. n. 36/2023, il nuovo Codice dei Contratti Pubblici** in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici.

Tuttavia, nonostante la chiara direzione che il legislatore sembrava avere intrapreso a tutela della parità di genere e generazionale, sia per affidamenti specifici (PNRR e PNC), sia in generale per tutti i contratti pubblici (incentivi per gli operatori in possesso della certificazione di parità di genere), il nuovo Codice dei Contratti Pubblici non si è spinto così oltre come avrebbe potuto (e come in molti auspicavano).

Il Codice ha comunque introdotto importanti novità in merito alla parità di genere nei contratti pubblici che si andranno di seguito ad analizzare.

La lettera h) della legge Delega per l'adozione del nuovo Codice dei Contratti Pubblici prevedeva l'obbligo per le stazioni appaltanti di inserire, nei bandi di gara, avvisi e inviti specifiche clausole obbligatorie e premiali volte a promuovere le pari opportunità generazionali e di genere.

orientati tra l'altro a:

- 1) *garantire la stabilità occupazionale del personale impiegato;*
- 2) *garantire l'applicazione dei contratti collettivi nazionali e territoriali di settore, tenendo conto, in relazione all'oggetto dell'appalto e alle prestazioni da eseguire anche in maniera prevalente, di quelli stipulati dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, nonché garantire le stesse tutele economiche e normative per i lavoratori in subappalto rispetto ai dipendenti dell'appaltatore e contro il lavoro irregolare;*
- 3) *promuovere meccanismi e strumenti anche di premialità per realizzare le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate".*

Senonché, nonostante tale chiaro intento del legislatore di proseguire sulla scia delle disposizioni già previste per

gli affidamenti concernenti il PNRR, rispetto alla normativa che si è susseguita dal DL Semplificazioni bis a oggi, da una prima lettura, sembra che le nuove norme siano quantomeno più generiche.

1. Le norme sulla parità di genere nel nuovo Codice dei Contratti Pubblici di cui al d.lgs. n. 36/2023

Come anticipato, i mesi che hanno preceduto l'approvazione del nuovo Codice dei Contratti Pubblici si è molto discusso delle misure previste, già nelle versioni non definitive del testo del Codice in circolazione, per garantire la tutela della parità di genere nel settore economico tramite gli affidamenti pubblici.

Ed infatti, la legge di delega (legge 21 giugno 2022, n. 78) al Governo per l'adozione del nuovo Codice all'articolo 1 lett. h) stabiliva che il nuovo testo avrebbe dovuto contemplare la "(...) **previsione dell'obbligo per le stazioni appaltanti di inserire, nei bandi di gara, avvisi e inviti, tenuto conto della tipologia di intervento, in particolare ove riguardi beni culturali, e nel rispetto dei principi dell'Unione europea, specifiche clausole sociali con le quali sono indicati, come requisiti necessari dell'offerta, criteri**

Le disposizioni di maggiore rilievo concernenti la tutela della parità di genere e generazionale del nuovo Codice possono essere individuate nelle seguenti:

- Articolo 57, comma 1, "Clausole sociali del bando di gara e degli avvisi e criteri di sostenibilità energetica e ambientale";
- Articolo 61, comma 2, "Contratti riservati";
- Articolo 94, comma 5 lett. c, "Cause di esclusione automatica";
- Articolo 102, comma 1, lett. c, "Impegni dell'operatore economico";
- Articolo 106, comma 8, "Garanzie per la partecipazione alla procedura";
- Articolo 108, comma 7, "Criteri di aggiudicazione degli appalti di lavori, servizi e forniture".

Per quanto qui di interesse, l'articolo 57, comma 1 prevede che "Per gli affidamenti dei contratti di

appalto di lavori e servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale e per i contratti di concessione **i bandi di gara, gli avvisi e gli inviti**, tenuto conto della tipologia di intervento, in particolare ove riguardi il settore dei beni culturali e del paesaggio, e nel rispetto dei principi dell'Unione europea, **devono contenere specifiche clausole sociali con le quali sono richieste, come requisiti necessari dell'offerta, misure orientate tra l'altro a garantire le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate, la stabilità occupazionale del personale impiegato(...)**".

L'articolo costituisce attuazione dei criteri di cui alla lett. h) della legge delega nella parte relativa alle "clausole sociali".

Il comma 1, in conformità alla direttiva della delega, quindi, prevede "l'obbligo" per le stazioni appaltanti di inserire nei bandi di gara, avvisi e inviti, specifiche "clausole sociali" con le quali sono richieste, come requisiti necessari dell'offerta, misure orientate a garantire la stabilità del personale impiegato, nonché la parità di genere e generazionale.

Tale disposizione va letta specularmente all'**articolo 102**, il quale prevede gli obblighi che l'operatore economico deve assumere in sede di presentazione dell'offerta.

Ed infatti l'articolo 102 stabilisce che "*Nei bandi, negli avvisi e negli inviti le stazioni appaltanti, tenuto conto della prestazione oggetto del contratto, **richiedono agli operatori economici di assumere i seguenti impegni:***

- a) *garantire la stabilità occupazionale del personale impiegato;*
- b) *garantire l'applicazione dei contratti collettivi nazionali e territoriali di settore, tenendo conto, in relazione all'oggetto dell'appalto e alle prestazioni da eseguire, anche in maniera prevalente, di quelli stipulati dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e di quelli il cui ambito di*

applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente, nonché garantire le stesse tutele economiche e normative per i lavoratori in subappalto rispetto ai dipendenti dell'appaltatore e contro il lavoro irregolare;

c) **garantire le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate.**".

La norma stabilisce poi (comma 2) che l'operatore economico è tenuto ad indicare in offerta le modalità con cui intende adempiere agli impegni assunti, la cui attendibilità sarà però verificata solamente in capo all'aggiudicatario e secondo i metodi previsti per la verifica delle offerte anomale

(esattamente come previsto per la riserva della quota del 30% in favore di donne e giovani per le nuove assunzioni nell'esecuzione dei "contratti PNRR")

Articolo 57: bandi devono contenere specifiche clausole sociali con le quali sono richieste misure volte a garantire le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate, la stabilità occupazionale del personale impiegato.

Analizzando la terminologia utilizzata dalle disposizioni e interpretandola con l'ausilio della Relazione al Codice, nonché della ratio contenuta nella legge delega, si può dedurre che sia l'articolo 57, sia l'articolo 102 stabiliscono rispettivamente: un obbligo di previsione delle clausole volte a garantire le pari opportunità e un obbligo per l'operatore di assumere un impegno al rispetto di tali clausole.

Nelle norme sopra riportate ritroviamo dunque l'obbligo di inserimento delle clausole volte a garantire la tutela della parità di genere e generazionale; tuttavia, risulta immediatamente evidente che accanto a tale obbligo, a differenza di quanto previsto per gli affidamenti PNRR, la norma non declina le modalità attraverso cui le stazioni appaltanti e quindi gli operatori economici sono obbligati a garantire le pari opportunità di genere e generazionali.

Ed infatti, il riferimento a tali modalità lo ritroviamo solamente all'**articolo 61, comma 2**, dedicato però agli appalti riservati.

Tale norma prevede che "Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti **prevedono nei bandi di gara, negli avvisi e negli inviti, come requisiti necessari o come ulteriori requisiti premiali dell'offerta, meccanismi e strumenti idonei a realizzare le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate.**

3. Il bando di gara o l'avviso di pre-informazione danno espressamente atto che si tratta di appalto o concessione riservati.
4. In sede di prima applicazione del codice, l'allegato II.3 prevede meccanismi e strumenti premiali per realizzare le pari opportunità generazionali e di genere e per promuovere l'inclusione lavorativa delle persone disabili. (...)."

Con riferimento a tale ulteriore previsione, la relazione al Codice specifica che si tratta di una mera "possibilità per le stazioni appaltanti di prevedere "meccanismi e strumenti di premialità per realizzare le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate".

In altri termini, viene introdotta la facoltà per le Stazioni Appaltanti di riservare un determinato affidamento anche ad operatori economici che siano in grado di dimostrare di aver adottato strumenti idonei a garantire la parità di genere e generazionale. E tale riserva può avvenire mediante le medesime clausole previste come obbligatorie, ovvero come premiali, per gli affidamenti concernenti i fondi PNRR e PNC e disciplinati dall'articolo 47 del DL Semplificazioni-bis.

Nel rinvio della norma all'allegato II.3 al Codice, sono state infatti trasfuse numerose disposizioni contenute nell'art. 47 del decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77, concernenti la previsione di meccanismi e strumenti premiali per realizzare le pari opportunità generazionali e di genere e per promuovere l'inclusione lavorativa delle persone disabili.

Articolo 102: in sede di offerta l'operatore economico deve assumere l'impegno a garantire le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate. L'attendibilità di tale impegno verrà verificata solo con riferimento all'aggiudicatario.

Tuttavia, la trasposizione dell'articolo 47, riferendolo quindi espressamente anche ad affidamenti non finanziati da fondi PNRR, di fatto estende espressamente la loro applicazione a tutti gli appalti, ma solo in via facoltativa e delegificando tali previsioni.

Il suddetto allegato è in ogni caso destinato ad essere sostituito con un provvedimento attuativo del Presidente del Consiglio dei ministri ovvero del Ministro per le pari opportunità, di concerto con il Ministro delle infrastrutture, il Ministro del lavoro e il Ministro delle disabilità, per la definizione in concreto di criteri e modalità di definizione delle misure premiali previste dall'articolo 61

per gli operatori economici in questione, nonché per l'approvazione di clausole tipo da inserire nei bandi di gara.

In conclusione, sul punto, il nuovo Codice dei Contratti Pubblici ha previsto:

- l'obbligo per le Stazioni Appaltanti di prevedere clausole volte a garantire le pari opportunità di genere e generazionali e il corrispondente obbligo per gli operatori economici di assumere in sede di gara l'impegno a rispettare tali obblighi;
- la facoltà per le Stazioni Appaltanti di prevedere i meccanismi di tutela della parità di genere e generazionale già vigenti per gli affidamenti PNRR PNC, anche per gli affidamenti non rientranti in quelli riguardanti PNRR e PNC.

Pertanto, il nuovo Codice da un lato estende la possibilità di poter utilizzare le disposizioni di cui all'articolo 47 del DL Semplificazioni-bis anche agli affidamenti non concernenti il PNRR e PNC, ma solo in via facoltativa; dall'altro lato obbliga comunque le Stazioni Appaltanti a prevedere, per tutte le gare, delle clausole volte a garantire le pari opportunità, senza però declinarle e lasciando quindi alla sensibilità dello specifico ente di individuare i criteri o i requisiti che intende prevedere nella *lex specialis*.

Già da quanto appena evidenziato appare

evidente che il sistema di tutela della parità di genere e generazionale recepito nel nuovo Codice dei Contratti Pubblici risulta decisamente meno incisivo rispetto a quello che si è prefissato di perseguire il PNRR, basti sul punto considerare che per i contratti PNRR le clausole oggi trasfuse nell'allegato II.3 al Codice devono essere obbligatoriamente previste, mentre invece nel nuovo Codice sono subordinate all'introduzione di una specifica riserva da parte della Stazione Appaltante per la singola gara.

Tale differenza di regime appare inoltre confermata dal nuovo articolo 94, comma 5, lett. c) che disciplina le cause di esclusione automatica dalla gara e prevede che "Sono altresì esclusi: (...)

c) in relazione alle procedure afferenti agli investimenti pubblici finanziati, in tutto o in parte, con le risorse previste dal regolamento (UE) n. 240/2021 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 10 febbraio 2021 e dal regolamento (UE) n. 241/2021 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 febbraio 2021, gli operatori economici tenuti alla redazione del rapporto sulla situazione del personale, ai sensi dell'articolo 46 del codice delle pari opportunità tra uomo e donna, di cui al decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198, che non abbiano prodotto, al momento della presentazione della domanda di partecipazione o dell'offerta, copia dell'ultimo rapporto redatto, con attestazione della sua conformità a quello trasmesso alle rappresentanze sindacali aziendali e alla consigliera e al consigliere regionale di parità ai sensi del comma 2 del citato articolo 46, oppure, in caso di inosservanza dei termini previsti dal comma 1 del medesimo articolo 46, con attestazione della sua contestuale trasmissione alle rappresentanze sindacali aziendali e alla consigliera e al consigliere regionale di parità".

Articolo 61: le stazioni appaltanti possono prevedere nei bandi requisiti necessari e premiali dell'offerta volti a realizzare le pari opportunità generazionali e di genere, così come espressamente già previsto per gli affidamenti finanziati con i fondi del PNRR e PNC.



Articolo 106: l'operatore economico in possesso delle certificazioni indicate all'allegato II.13, tra cui la certificazione della parità di genere, può usufruire di una riduzione del 20%, cumulabile con le altre riduzioni previste, della cauzione provvisoria.



Come è noto, l'esclusione automatica dalla procedura di gara PNRR è infatti prevista a fronte della mancata consegna, in sede di partecipazione, del rapporto sulla situazione del personale da parte di operatori economici con più di 50 dipendenti.

Ebbene, tale clausola di esclusione automatica è stata espressamente prevista nel nuovo Codice, probabilmente a fronte della rilevanza della prescrizione, ma con esclusivo riferimento agli affidamenti finanziati con i fondi PNRR e PNC.

Infine, la (apparente) minore incisività della tutela della parità di genere e generazionale nel nuovo Codice potrebbe essere ricondotta alla formulazione dell'articolo 106, comma 8, concernente le ipotesi di riduzione della cauzione

provvisoria.

Ed infatti, la precedente formulazione dell'articolo 93, comma 7, del d.lgs. n. 50/2016 prevedeva espressamente una riduzione della cauzione provvisoria per gli operatori economici in possesso della certificazione della parità di genere di cui al D.lgs. n. 198/2006 n. 198.

Tale norma era stata modificata meno di un anno fa dall'articolo 34 del DL 30 aprile 2022 conv. in legge n. 79/2022, al fine di rafforzare il sistema di certificazione della parità di genere.

Il nuovo articolo 106 invece non contiene più un espresso riferimento alla certificazione della parità di genere nella norma dedicata all'individuazione delle riduzioni previste in tema di cauzioni.

Tale mancata previsione espressa è stata ampiamente criticata, tuttavia vale la pena evidenziare che mentre nella precedente formulazione (art. 93, comma 7 d.lgs. n. 50/2016) la riduzione era prevista fino al 30% e non cumulabile con le altre riduzioni; nella nuova formulazione (art.

106, comma 8 d.lgs. n. 36/2023) è prevista una riduzione fino al 20%, **ma cumulabile con le altre riduzioni previste**. Vero è che tale articolo non riporta espressamente il riferimento alla certificazione di parità di genere nel testo dell'articolo, ma altrettanto vero è che la tecnica legislativa adottata ha ritenuto opportuno indicare l'elenco delle certificazioni, tra cui quella per la parità di genere (UNI/PDR 125), che danno diritto alla ulteriore riduzione della garanzia in un apposito allegato (allegato II.13).

Occorre inoltre segnalare che nel testo del d.lgs. n. 36/2023 pubblicato in gazzetta ufficiale, a differenza di quanto previsto anche nell'ultima versione circolata prima dell'approvazione definitiva, al comma 7 dell'articolo 108 recante "Criteri di aggiudicazione degli appalti di lavori, servizi e forniture" è stato aggiunto un ultimo periodo che prescrive quanto segue:

"Al fine di promuovere la parità di genere, le stazioni appaltanti prevedono nei bandi di gara, negli avvisi e negli inviti, il maggior punteggio da attribuire alle imprese che attestano, anche a mezzo di autocertificazione, il possesso dei requisiti di cui all'articolo 46-bis del codice delle pari opportunità tra uomo e donna, di cui al decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198. La stazione appaltante verifica l'attendibilità dell'autocertificazione dell'aggiudicatario con qualsiasi adeguato mezzo."

Tale aggiunta conferisce di nuovo maggiore dignità alla certificazione per la parità di genere prevedendo espressamente che può essere prevista come presupposto per l'assegnazione di un punteggio premiale.

In definitiva, sul punto, certamente la nuova disciplina dei contratti pubblici avrebbe potuto spingersi oltre, estendendo l'obbligatorietà delle clausole previste dall'articolo 47 del DL Semplificazioni bis come obbligatorie anche per tutti gli altri affidamenti. Tuttavia, alla luce del quadro normativo appena delineato si ritiene che grazie a queste clausole, le

aziende partecipanti alle gare pubbliche saranno comunque incentivate a dover dimostrare di aver adottato politiche attive di parità di genere, ad esempio promuovendo la presenza equilibrata di uomini e donne nei loro organici o nelle posizioni apicali, nonché implementando strumenti per la conciliazione tra lavoro e vita privata.

2. La pronuncia del TAR Lazio, Roma, sez. V, dell'8 marzo 2023 n. 3873

In tale contesto risulta particolarmente interessante e aderente alla ratio delle innovazioni normative di recentissima introduzione (ma che acquisteranno piena efficacia solo dal 1° luglio 2023), una recente sentenza del TAR Lazio Roma, pubblicata l'8 marzo scorso.

La controversia trae origine da una procedura aperta avente ad oggetto l'affidamento di servizi di vigilanza, nella quale erano previste clausole premiali volte ad assegnare un punteggio superiore agli operatori economici che avessero una determinata percentuale di donne nei ruoli apicali dell'azienda, nonché per l'assenza di verbali di discriminazioni di genere.

Siccome non si trattava di una procedura finanziata con i fondi del PNRR e PNC, il ricorrente che evidentemente non poteva auspicare all'ottenimento di tali punteggi premiali, ha impugnato il provvedimento di aggiudicazione, contestando i criteri di valutazione previsti per asserita violazione di legge. A parere del ricorrente, infatti, la previsione di norme volte a garantire la parità di genere e generazionale avrebbe potuto ritenersi legittima esclusivamente per le gare relative a contratti pubblici PNRR e PNC, poiché la facoltà di inserire tali requisiti premiali è stata introdotta per la prima volta dall'articolo 47, comma 4, del DL Semplificazioni bis.

Ebbene, il TAR ha ritenuto l'assunto del tutto privo di fondamento.

Articolo 108: le stazioni appaltanti prevedono nei bandi di gara, negli avvisi e negli inviti, il maggior punteggio da attribuire alle imprese che attestano, anche a mezzo di autocertificazione, il possesso dei requisiti di cui all'articolo 46-bis del codice delle pari opportunità tra uomo e donna, di cui al decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198.



Ed infatti, **già l'articolo 30 del d.lgs. n. 50/2016 prevedeva che il principio di economicità può essere subordinato ai criteri, previsti dal bando, ispirati ad esigenze sociali.**

Inoltre, anche l'articolo 95, comma 6, del d.lgs. n. 50/2016 alla lett. a) prevede espressamente che ***"la qualità, che comprende pregio tecnico, caratteristiche estetiche e funzionali, accessibilità per le persone con disabilità, progettazione adeguata per tutti gli utenti, certificazioni e attestazioni in materia di sicurezza e salute (..), caratteristiche sociali"***.

La scelta compiuta in sede di redazione del bando di gara di premiare i concorrenti che abbiano investito sulle misure atte a scongiurare discriminazioni fondate su ragioni di genere è quindi senz'altro legittima ed esente da censure. Già prima della espressa estensione (facoltativa)

Il TAR Lazio nella sentenza n. 3873/2023 ha rilevato che già nella vigenza del D.lgs. n. 50/2016 sono riscontrabili principi di diritto volti a consentire l'introduzione di clausole premiali volte ad incentivare e garantire la parità di genere e generazionale anche per contratti pubblici non finanziati con i fondi del PNRR e PNC.



delle clausole premiali previste per i contratti pubblici PNRR volte a garantire la parità di genere e generazionale, la giurisprudenza ha dunque rinvenuto nel nostro ordinamento la sussistenza di principi che ne consentono l'estensione anche a contratti diversi.

Pertanto, i principi già esistenti nella vigenza del D.lgs. n. 50/2016, e le nuove disposizioni introdotte dal D.lgs. n. 36/2023 delineano un approccio volto a garantire una maggiore inclusione di minoranze e donne nei contratti pubblici, promuovendo l'uguaglianza di opportunità e il rispetto dei diritti di tutti i lavoratori.

Tuttavia, è importante tenere bene a mente che, al netto degli obblighi previsti per legge, il

successo di queste misure, tanto negli affidamenti PNRR, quanto negli altri affidamenti pubblici, dipenderà soprattutto dalla corretta applicazione e sensibilità delle amministrazioni pubbliche.