



Webinar
«La clausola sociale»
A cura di
Avv. Mauro Mammana
25 Febbraio 2022 – ore 11:30

PROGETTAZIONE

Art. 23, co. 15 (servizi):

Per quanto attiene agli appalti di servizi, il progetto deve contenere: la relazione tecnico-illustrativa del contesto in cui è inserito il servizio; le indicazioni e disposizioni per la stesura dei documenti inerenti alla sicurezza di cui all'articolo 26, comma 3, del decreto legislativo n. 81 del 2008; il calcolo degli importi per l'acquisizione dei servizi, con indicazione degli oneri della sicurezza non soggetti a ribasso; il prospetto economico degli oneri complessivi necessari per l'acquisizione dei servizi; il capitolato speciale descrittivo e prestazionale, comprendente le specifiche tecniche, l'indicazione dei requisiti minimi che le offerte devono comunque garantire e degli aspetti che possono essere oggetto di variante migliorativa e conseguentemente, i criteri premiali da applicare alla valutazione delle offerte in sede di gara, l'indicazione di altre circostanze che potrebbero determinare la modifica delle condizioni negoziali durante il periodo di validità, fermo restando il divieto di modifica sostanziale.

PROGETTAZIONE

Quantificazione manodopera/oneri sicurezza:

Art. 23, co. 16:

Nei contratti di lavori e servizi la stazione appaltante, al fine di determinare l'importo posto a base di gara, individua nei documenti posti a base di gara i costi della manodopera sulla base di quanto previsto nel presente comma. I costi della sicurezza sono scorporati dal costo dell'importo assoggettato al ribasso.

PROGETTAZIONE

In particolare: quantificazione oneri manodopera.

Art. 23, co. 16:

Per i contratti relativi a lavori, servizi e forniture, il costo del lavoro è determinato **annualmente**, in apposite tabelle, dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali sulla base dei valori economici definiti dalla contrattazione collettiva nazionale tra le organizzazioni sindacali e le organizzazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentativi, delle norme in materia previdenziale ed assistenziale, dei diversi settori merceologici e delle differenti aree territoriali. In mancanza di contratto collettivo applicabile, il costo del lavoro è determinato in relazione al contratto collettivo del settore merceologico più vicino a quello preso in considerazione. Per i contratti relativi a lavori il costo dei prodotti, delle attrezzature e delle lavorazioni è determinato sulla base dei prezzari regionali aggiornati annualmente. Tali prezzari cessano di avere validità il 31 dicembre di ogni anno e possono essere transitoriamente utilizzati fino al 30 giugno dell'anno successivo, per i progetti a base di gara la cui approvazione sia intervenuta entro tale data. In caso di inadempienza da parte delle Regioni, i prezzari sono aggiornati, entro i successivi trenta giorni, dalle competenti articolazioni territoriali del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti sentite le Regioni interessate. Fino all'adozione delle tabelle di cui al presente comma, si applica l'articolo 216, comma 4.

PROGETTAZIONE

In particolare: quantificazione oneri manodopera.

Dove si trovano queste tabelle?

<http://www.lavoro.gov.it/temi-e-priorita/rapporti-di-lavoro-e-relazioni-industriali/focus-on/Analisi-economiche-costo-lavoro/Pagine/default.aspx>

(vediamo insieme il sito)

CCNL?

Consiglio di Stato sez. V 28/5/2019 n. 3487

Costituisce consolidato orientamento giurisprudenziale quello in base al quale “l’applicazione di un determinato contratto collettivo non può essere imposta dalla lex specialis alle imprese concorrenti quale requisito di partecipazione né la mancata applicazione di questo può essere a priori sanzionata dalla stazione appaltante con l’esclusione, sicché deve negarsi in radice che l’applicazione di un determinato contratto collettivo anziché di un altro possa determinare, in sé, l’inammissibilità dell’offerta” (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 2 marzo 2017, n. 975; 9 dicembre 2015, n. 5597). Tale assunto vale anche in relazione alla valutazione di anomalia dell’offerta (cfr. in termini Consiglio di Stato, sez. V, 1 marzo 2017, n. 932; 12 maggio 2016, n. 1901; Consiglio di Stato, Sez. III, 10 febbraio 2016, n. 589).

CCNL?

Tar Lombardia, Milano, Sez. I, 21/01/2021, n. 191.

Risulta pertanto fondata la censura diretta a contestare la violazione dell'art. 50 del d.l.vo 2016 n. 50, atteso che il lotto 2S configura un appalto di servizi di natura non intellettuale e ad alta intensità di manodopera, sicché la disciplina di gara doveva prevedere la clausola sociale.

...

Nel caso di specie sarebbe priva di significato la previsione dell'obbligo di indicare gli oneri della sicurezza se l'appalto relativo al Lotto 2S avesse ad oggetto prestazioni intellettuali; piuttosto, la previsione dell'obbligo conferma che non si tratta di un servizio di natura intellettuale, ma di una serie di prestazioni prive di tale carattere, sicché, come già evidenziato, la lex specialis doveva prevedere la clausola sociale, secondo la previsione del citato art. 50 del d.l.vo 2016 n. 50.

La clausola sociale

Art. 50. (Clausole sociali del bando di gara e degli avvisi)

1. Per gli affidamenti dei contratti di concessione e di appalto di lavori e servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale, con particolare riguardo a quelli relativi a contratti ad alta intensità di manodopera, i bandi di gara, gli avvisi e gli inviti **inseriscono**, nel rispetto dei principi dell'Unione europea, specifiche clausole sociali volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato, prevedendo l'applicazione da parte dell'aggiudicatario, dei contratti collettivi di settore di cui all'articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81. **I servizi ad alta intensità di manodopera sono quelli nei quali il costo della manodopera è pari almeno al 50 per cento dell'importo totale del contratto.**

Clausola sociale nel sotto-soglia?

Art. 36:

1. L'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35 avvengono nel rispetto dei principi di cui agli articoli 30, comma 1, 34 e 42, nonché del rispetto del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti e in modo da assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese. Le stazioni appaltanti **applicano** le disposizioni di cui all'articolo 50.

Criteria di aggiudicazione

Consiglio di Stato sez. V, 10/05/2021, n. 3620

... il momento a cui si deve far riferimento per stabilire il rapporto tra costo della manodopera e importo totale del contratto è da individuarsi in quello della pubblicazione del bando, con riferimento, quindi, all'importo totale del contratto risultante dalla documentazione di gara. Tale rapporto non potrà più essere messo in discussione anche ove, per effetto dei ribassi offerti, dovesse risultare differente e superare la soglia del 50%; opinare diversamente, facendo riferimento al valore del contratto aggiudicato, condurrebbe ad un esito totalmente incerto, quante volte per effetto dei ribassi offerti il valore della manodopera inizialmente inferiore al 50% dovesse poi successivamente risultare superiore a tale percentuale.»

La clausola sociale

LA CLAUSOLA SOCIALE NON COMPORTA L'OBBLIGO DI INTEGRALE E NECESSARIO RIASSORBIMENTO DI TUTTO IL PERSONALE DELL'AFFIDATARIO USCENTE.

Occorre una lettura costituzionalmente orientata, che tenga conto dell'organizzazione dell'imprenditore subentrante.

La clausola sociale

Art. 4 CCNL Multiservizi:

In ogni caso di cessazione di appalto, l'Azienda cessante ne darà preventiva comunicazione, ove possibile nei 15 giorni precedenti, alle strutture sindacali aziendali e territoriali competenti, fornendo altresì informazioni sulla consistenza numerica degli addetti interessati, sul rispettivo orario settimanale, indicando quelli impiegati nell'appalto in questione da almeno 4 mesi; l'azienda subentrante, con la massima tempestività, preventivamente all'inizio della nuova gestione e, ove oggettivamente ciò non sia possibile, in tempi utili e comunque su richiesta delle Organizzazioni sindacali territoriali firmatarie del c.c.n.l. darà comunicazione a queste ultime del subentro nell'appalto. Alla scadenza del contratto di appalto possono verificarsi 2 casi:

a) in caso di cessazione di appalto a parità di termini, modalità e prestazioni contrattuali l'impresa subentrante si impegna a garantire l'assunzione senza periodo di prova degli addetti esistenti in organico sull'appalto risultanti da documentazione probante che lo determini almeno 4 mesi prima della cessazione stessa, salvo casi particolari quali dimissioni, pensionamenti, decessi;

La clausola sociale

Art. 4 CCNL Multiservizi:

b) in caso di cessazione di appalto con **modificazioni** di termini, modalità e prestazioni contrattuali, l'impresa subentrante - ancorché sia la stessa che già gestiva il servizio - sarà convocata presso l'Associazione territoriale cui conferisce mandato, o in assenza presso la Direzione Provinciale del Lavoro o eventuale analoga istituzione territoriale competente, ove possibile nei 15 giorni precedenti con la rappresentanza sindacale aziendale e le Organizzazioni sindacali stipulanti territorialmente competenti per un esame della situazione, al fine di armonizzare le mutate esigenze tecnico-organizzative dell'appalto con il mantenimento dei livelli occupazionali, tenuto conto delle condizioni professionali e di utilizzo del personale impiegato, anche facendo ricorso a processi di mobilità da posto di lavoro a posto di lavoro nell'ambito dell'attività dell'impresa ovvero a strumenti quali part-time, riduzione orario di lavoro, flessibilità delle giornate lavorative, mobilità.

Nelle procedure di cambio di appalto l'impresa subentrante, fermo restando quanto previsto dalle lettere a) e b) di cui sopra, assumerà in qualità di dipendenti i lavoratori dipendenti e i soci - lavoratori con rapporto di lavoro subordinato trasferiti dall'azienda cessante.

La clausola sociale

Consiglio di Stato, sez. III, 9/11/2018, n. 6236

«La cd. clausola sociale deve essere interpretata conformemente ai principi nazionali e comunitari in materia di libertà di iniziativa imprenditoriale e di concorrenza, **risultando altrimenti essa lesiva della concorrenza, scoraggiando la partecipazione alla gara e limitando ultroneamente la platea dei partecipanti, nonché atta a ledere la libertà d'impresa, riconosciuta e garantita dall'art. 41 Cost., che sta a fondamento dell'autogoverno dei fattori di produzione e dell'autonomia di gestione propria dell'archetipo del contratto di appalto.** Corollario obbligato di questa premessa è che tale clausola deve essere interpretata in modo da non limitare la libertà di iniziativa economica e, comunque, **evitando di attribuirle un effetto automaticamente e rigidamente escludente**; conseguentemente, l'obbligo di riassorbimento dei lavoratori alle dipendenze dell'appaltatore uscente, nello stesso posto di lavoro e nel contesto dello stesso appalto, deve essere armonizzato e reso compatibile con l'organizzazione di impresa prescelta dall'imprenditore subentrante (sez. III, 5 maggio 2017, n. 2078). Quindi, secondo questo condivisibile indirizzo la clausola sociale funge da strumento per favorire la continuità e la stabilità occupazionale dei lavoratori, ma nel contempo non può essere tale da comprimere le esigenze organizzative dell'impresa subentrante che ritenga di potere ragionevolmente svolgere il servizio utilizzando una minore componente di lavoro rispetto al precedente gestore, e dunque ottenendo in questo modo economie di costi da valorizzare a fini competitivi nella procedura di affidamento»

La clausola sociale

TAR Lazio Roma sez. I quater 12/5/2021 n. 5588

La clausola sociale non comporta un obbligo per l'impresa aggiudicataria di assumere a tempo indeterminato e in forma automatica il personale utilizzato dal gestore uscente nell'esecuzione del servizio, dovendo unicamente garantire che i livelli retributivi dei lavoratori eventualmente assorbiti siano determinati in modo congruo e automatico. Pertanto, la clausola sociale deve essere interpretata in modo da garantire comunque la libera scelta organizzativa dell'impresa ed armonizzata con le sue esigenze. I lavoratori che non vengano reimpiegati né dal gestore uscente né dall'aggiudicatario sono comunque tutelati dal sistema di armonizzatori sociali, garantendosi così la loro tutela nell'ambito degli appalti pubblici.

La clausola sociale

Consiglio di Stato sez. V 23/12/2019 n. 8733

«La clausola sociale è posta in funzione del mantenimento dei livelli occupazionali, ma essa non attribuisce anche al singolo lavoratore, in occasione del “cambio appalto”, un incondizionato diritto al livello di inquadramento contrattuale precedentemente posseduto, e più in radice al mantenimento della contrattazione collettiva precedentemente applicata, ma deve essere bilanciata con l'autonomia organizzativa dell'impresa e le esigenze tecniche del servizio»

La clausola sociale

Consiglio di Stato sez. V 2/11/2020 n. 6761

La clausola sociale non obbliga l'aggiudicatario ad assumere tutto il personale in carico all'appaltatore uscente né tanto meno ad applicargli le medesime condizioni contrattuali né, infine, a riconoscergli l'anzianità pregressa.

La clausola sociale

Consiglio di Stato sez. V 21/7/2021 n. 5483

Della clausola sociale deve consentirsene un'applicazione elastica e non rigida per contemperare l'obbligo di mantenimento dei livelli occupazionali del precedente appalto con la libertà d'impresa e con la facoltà in essa insita di organizzare il servizio in modo efficiente e coerente con la propria organizzazione produttiva, al fine di realizzare economie di costi da valorizzare a fini competitivi nella procedura di affidamento dell'appalto

La clausola sociale

Consiglio di Stato, sez. V, 10 giugno 2019, n. 3885

“Se dunque da un lato la clausola sociale non può comprimere l'autonomia imprenditoriale, all'opposto quest'ultima non può nondimeno essere esercitata fino al punto da vanificarne le sottostanti esigenze di tutela dei lavoratori, sotto il profilo del mantenimento delle condizioni economiche e contrattuali vigenti, attraverso il ricorso, pur legittimo in astratto, a forme di lavoro flessibile foriero per il datore di lavoro di vantaggi dal punto di vista retributivo e contributivo. Infatti, nel bilanciamento tra contrapposte esigenze la clausola sociale, come interpretata dalla giurisprudenza amministrativa e congegnata dal legislatore regionale calabrese, ammette il sacrificio degli interessi dei lavoratori rispetto a scelte improntate a migliorare la qualità e l'efficienza del servizio, ma non anche in funzione del solo ed esclusivo risparmio di costi per la manodopera, quand'anche consentito dalla legislazione lavoristica.

*L'elasticità di applicazione della clausola non può pertanto spingersi fino al punto da legittimare politiche aziendali di dumping sociale in grado di vanificare gli obiettivi di tutela del lavoro perseguito attraverso la stessa. Che una simile opzione non sia coerente con le finalità della clausola sociale si evince anche dal fatto che **l'apprendistato non garantisce la conservazione del posto del lavoro al termine del periodo minimo per esso previsto, per cui è in astratto idoneo, attraverso un utilizzo periodo dello stesso, alla stabile formazione di personale avventizio da destinare di volta in volta all'esecuzione di appalti pubblici di servizi, con connesso svuotamento della clausola sociale**“.*

La clausola sociale

TAR Liguria, 27.01.2017 n. 55

Posto che la clausola sociale contenuta nel bando non era affatto indeterminata, e che essa tutela – conformemente alla disciplina contrattuale collettiva (art. 335 C.C.N.L. – doc. 28 delle produzioni 19.7.2016 di parte comunale) – “tutto il personale addetto” all’unità produttiva interessata, la stessa assume portata cogente sia per gli offerenti che per l’amministrazione (Cons. di St., IV, 2.12.2013, n. 5725).

Né la società ricorrente può addurre, a giustificazione del proprio rifiuto ad ottemperare ad un obbligo liberamente assunto, generiche quanto indimostrate “esigenze organizzative”.

A ciò si aggiunga come, nel caso di specie, la società ricorrente non contesti affatto il numero di lavoratori da adibire complessivamente all’appalto (numero che coincide con gli elenchi forniti dai gestori uscenti), sicché le accampate esigenze organizzative non rivestono neppure un carattere oggettivo, risolvendosi nella unilaterale pretesa di escludere dall’obbligo di assunzione 8 unità.

La clausola sociale

Consiglio di Stato, sez. III, 25.05.2018 n. 3138

Dinanzi a questo obbligo giuridico, temperato – all’attuale stato della giurisprudenza – dai soli aspetti organizzativi e oggettivi peculiari del subentrante, non è seriamente esigibile dall’imprenditore un controllo personale, e un giudizio, altrettanto personale, sull’esistenza e influenza delle parentele dell’assumendo, sulle sue frequentazioni, o sulle indagini non ancora giunte ad un rinvio a giudizio (evento a seguito del quale la notizia è evincibile dal certificato dei carichi penali pendenti), e soprattutto, non è esigibile che esso imprenditore si sottragga agli obblighi assunzionali per ragioni soggettive (e non oggettive) in assenza di previsioni di legge che vietino l’instaurazione o la prosecuzione del rapporto, o comunque di informazioni qualificate, in quanto provenienti dalla Prefettura o dagli organi di Polizia, che rendano verosimile la sussistenza del rischio che l’assumendo possa essere un “cavallo di Troia” delle associazioni mafiose o anche semplicemente un soggetto “controindicato” ai fini antimafia, avuto riguardo al tipo di attività e al luogo di svolgimento della stessa.

La clausola sociale

TAR Lazio Roma, 15.03.2019 n. 3479

Da rigettare è invece il primo profilo di doglianza con cui è stata contestata la legittimità della clausola, avente valore escludente, che obbligava i concorrenti alla conferma e utilizzo in servizio di almeno il 50% degli operatori già operativi negli Istituti della Rete nell'anno scolastico da poco concluso, considerato che:

a) la stessa giurisprudenza richiamata a sostegno da parte ricorrente (Consiglio di Stato, sez. III, n. 3471/2018) afferma che la clausola sociale è costituzionalmente e comunitariamente legittima solo se non comporta un indiscriminato e generalizzato dovere di assorbimento di tutto il personale utilizzato dall'impresa uscente, in violazione dei principi costituzionali e comunitari di libertà di iniziativa economica e di concorrenza;

b) nella fattispecie in esame l'obbligo di cui alla contestata clausola riguardava non tutti gli operatori uscenti ma unicamente il 50% degli stessi.

La clausola sociale

LINEE GUIDA ANAC N. 13

Pongono l'obbligo di richiedere ai concorrenti il cd. «progetto di riassorbimento».

Questo «obbligo» pone alcune questioni:

- Dove si inserisce (busta amministrativa, tecnica, economica?);
- È soccorribile? (ANAC dice sì, quindi andrebbe a rigore nella busta amministrativa);
- Può essere oggetto di punteggio tecnico? (do più punteggio a chi riassorbe più lavoratori).

La clausola sociale

Parere Ministero delle infrastrutture e dei trasporti 29/7/2019

«Pertanto il massimo riassorbimento possibile del personale utilizzato dalla impresa uscente può essere ottenuto solo ove il progetto di riassorbimento sia oggetto di valutazione e attribuzione di specifico peso/punteggio da parte della stazione appaltante. I relativi contenuti, vincolanti in fase esecutiva, pertanto afferiscono più propriamente alla offerta tecnica e la mancata presentazione del piano di riassorbimento non è soggetta a soccorso istruttorio, con conseguente esclusione dalla gara in caso di mancata presentazione. In tale direzione si pongono anche le recenti disposizioni della legge regionale della Toscana 16 aprile 2019 n. 18 (Disposizioni per la qualità del lavoro e per la valorizzazione della buona impresa negli appalti di lavori, forniture e servizi. Disposizioni organizzative in materia di procedure di affidamento di lavori. Modifiche alla l.r. 38/2007), articolo 6, secondo cui nella definizione degli elementi di valutazione dell'offerta le stazioni appaltanti possono tenere conto anche di misure dirette a favorire il riassorbimento del personale impiegato dall'appaltatore uscente, ovvero il piano di riassorbimento. In tal modo viene eliminata qualsiasi incertezza in ordine alla collocazione nell'offerta tecnica dello stesso piano ed alla conseguente non soccorribilità della mancata presentazione. Diversamente si pone la linea guida ANAC n. 13, peraltro non vincolante, secondo cui l'impegno al riassorbimento del personale utilizzato dall'appaltatore uscente trova applicazione specificamente nella fase esecutiva, senza essere oggetto di valutazione alcuna nella fase della gara.»

La clausola sociale

Tar Veneto, Sez. I, 06/ 04/ 2021, n. 441.

Sotto il primo profilo – l’eccezione inapplicabilità del soccorso istruttorio per sanare i vizi concernenti l’offerta – va rimarcato che in base all’art. 24 del disciplinare il progetto di assorbimento non era oggetto di valutazione ai fini dell’attribuzione di punteggio.

Invero, indipendentemente dalla sua collocazione in offerta tecnica o in documentazione amministrativa, l’art. 50 del Codice “non prevede la valutazione e l’attribuzione di un punteggio ai piani di riassorbimento del personale di cui alla cosiddetta clausola sociale” (TAR Toscana, Sez. II, 31 dicembre 2019, n. 1772).

Tale documento non faceva quindi parte dell’offerta in senso stretto, ma doveva semplicemente essere inserito nella busta relativa all’offerta tecnica anziché nella busta concernente la documentazione amministrativa in quanto potenzialmente idoneo a disvelare profili dell’offerta.

D’altra parte le stesse Linee Guida Anac n. 13 recanti “La disciplina delle clausole sociali” prevedono che: “La mancata presentazione del progetto, anche a seguito dell’attivazione del soccorso istruttorio, equivale a mancata accettazione della clausola sociale con le conseguenze di cui al successivo punto 5.1.”.

Tale indicazione – non vincolante – delle Linee guida Anac è stata espressamente riprodotta e resa prescrittiva dall’art. 14 del disciplinare di gara.

In definitiva sono le Linee guida e la stessa legge di gara a prevedere nella fattispecie in esame il soccorso istruttorio e a prevedere l’esclusione per l’ipotesi di mancato riscontro alla nota di attivazione del soccorso istruttorio.

La clausola sociale

Consiglio di Stato, sez. III, 23.04.2021 n. 3297

Premesso che per costante giurisprudenza di questa Sezione (ex multis, sentenze nn. 1576/2021, 8442/2020, 4796/2020, 389/2020, 750/2019, 726/2019) l'obbligo sotteso alla clausola sociale, che richiede un bilanciamento fra valori antagonisti (V Sezione, sentenza n. 6761/2020), non può mai essere assoluto (id est, tale da comprimere le esigenze organizzative dell'impresa e da impedire una efficiente ed efficace combinazione dei fattori della produzione), **ciò che appare dirimente nel caso di specie è che – in tale prospettiva – la lex specialis prevedeva l'obbligo di riassorbimento del personale non come condizione di partecipazione alla gara, ma come criterio premiale.**

La clausola sociale

Consiglio di Stato, Sez. V, 21/02/2022, n. 1234

La giurisprudenza del Consiglio di Stato (di recente si veda Cons. Stato, V, 12 febbraio 2021, n. 1291) ha avuto modo di evidenziare che «in coerenza alla ratio dell'art. 95, comma 10, del codice dei contratti pubblici ciò che differenzia la natura intellettuale di un'attività è l'impossibilità di una sua standardizzazione e, dunque, l'impossibilità di calcolarne il costo orario» e che non può essere qualificato come appalto di servizi di natura intellettuale quello che «ricomprende anche e soprattutto attività prettamente manuali» o che «non richiedono un patrimonio di cognizioni specialistiche per la risoluzione di problematiche non standardizzate» (cfr. Cons. Stato, III, 19 marzo 2020, n. 1974). Per servizi di natura intellettuale si intendono pertanto quelli che richiedono lo svolgimento di prestazioni professionali, svolte in via eminentemente personale, costituenti ideazione di soluzioni o elaborazione di pareri, prevalenti nel contesto della prestazione erogata rispetto alle attività materiali e all'organizzazione di mezzi e risorse; mentre va esclusa la natura intellettuale del servizio avente ad oggetto l'esecuzione di attività ripetitive che non richiedono l'elaborazione di soluzioni personalizzate, diverse, caso per caso, per ciascun utente del servizio, ma l'esecuzione di meri compiti standardizzati (Cons. Stato, V, 28 luglio 2020, n. 4806, nonché la citata V, n. 1291 del 2021).

La clausola sociale

Consiglio di Stato, Sez. V, 21/02/2022, n. 1234

Tuttavia, deve osservarsi che la ragione sottesa all'esclusione degli appalti di servizi di natura intellettuale dall'ambito di applicazione dell'obbligo di inserimento nel bando della clausola sociale è diversa da quella che giustifica la sottrazione all'obbligo di indicare nell'offerta economica gli oneri aziendali per la sicurezza ai sensi dell'art. 95, comma 10. ...

Nell'art. 50 la ratio è diversa: muovendo dal presupposto che l'adempimento della clausola sociale non può comportare la totale compressione della libera iniziativa economica dell'impresa, che si esplica anche nelle forme di organizzazione aziendale e produttiva, l'esclusione degli appalti di servizi di natura intellettuale riconosce che la natura prettamente professionale e personale può costituire un ostacolo all'adempimento di un obbligo che imporrebbe l'assorbimento del personale dell'appaltatore uscente, mentre proprio i profili di elevato contenuto intellettuale e professionale che caratterizzano tali servizi giustificano o esigono che la scelta del personale sia basata sull'intuitus personae o comunque sulla maggiore affidabilità, per l'impresa che subentra, delle professionalità già presenti in azienda o selezionate dall'appaltatore per lo svolgimento dei servizi, e non imposte dall'adempimento di clausole sociali.

Casi di esclusione

Consiglio di Stato sez. V 31/5/2018 n. 3262

In sostanza per quanto riguarda gli appalti dei servizi intellettuali non vi è alcun obbligo di indicare nelle offerte la separata e specifica indicazione di oneri che sono ontologicamente (prima ancora che giuridicamente) insussistenti (tant'è che nel caso di specie la stessa legge di gara ha specificato che, venendo in rilievo un appalto avente per oggetto prevalente l'esecuzione di servizi intellettuali, non è stato redatto il D.U.V.R.I. ai sensi dell'art. 26, comma 3 bis, del d.lgs. 81 del 2008). In tal senso si può richiamare la decisione di questo consesso (sez. VI, 1 agosto 2017, n. 3857), secondo cui l'indicazione di oneri interni per la sicurezza pari a zero in un caso di appalto di servizio di ordine intellettuale non comporta di per sé l'esclusione della concorrente per motivi di ordine formale (per violazione di legge o della previsioni della lex specialis), dovendosi piuttosto verificare se tale dichiarazione sia congrua in sede di verifica della congruità dell'offerta anche per le gare disciplinate dalla normativa previgente al primo correttivo al Codice dei Contratti: in tale tipo di appalti infatti, la mancata indicazione dei costi della sicurezza non costituisce un'omessa dichiarazione in quanto i servizi di natura intellettuale configurano ideazione di soluzioni, ma non attività (quali ad esempio verifiche e collaudi) che comportano rischi per i lavoratori.

Casi di esclusione

Consiglio di Stato sez. VI 1/8/2017 n. 3857

*L'indicazione di oneri interni per la sicurezza pari a zero in un caso di appalto di servizio di ordine intellettuale (**brokeraggio assicurativo**) non comporta di per sé l'esclusione della concorrente per motivi di ordine formale (per violazione di legge o delle previsioni della lex specialis), dovendosi piuttosto valutare in concreto se tale dichiarazione sia congrua, in sede di verifica della congruità dell'offerta (v. in tal senso, oltre ai precedenti richiamati nell'impugnata sentenza, da ultimo, Cons. Stato, Sez. VI, 8 maggio 2017, n. 2098; Cons. Stato, Sez. V, 19 gennaio 2017, n. 223);*

tale orientamento giurisprudenziale deve ritenersi di persistente attualità, anche in vigenza del sopravvenuto art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50/2016, applicabile alla fattispecie sub iudice nella versione anteriore alla novella apportata al comma in esame dall'art. 60, comma 1, lettera e), d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56/2017 (con la precisazione che alla previsione della novella, contenente l'espresso esonero dall'indicazione dei costi aziendali interni per i servizi di natura intellettuale, deve attribuirsi natura ricognitiva del previgente 'diritto vivente' giurisprudenziale, e non già natura innovativa con esclusiva efficacia ex nunc proiettata nel futuro).

Casi di esclusione

Tar Sicilia, Catania, Sez. III, 31/ 10/2019, n.2619.

La fattispecie in esame riguarda procedura di gara per l'affidamento in concessione del servizio di accertamento di ICI, TARES, TOSAP e IUC, anche a mezzo di sistemi GIS, supporto alla riscossione ordinaria di IUC e TOSAP, nonché riscossione coattiva di tutte le entrate dell'Ente.

L'aggiudicataria è stata esclusa dalla Commissione di gara in quanto la sua offerta non sarebbe risultata conforme a quanto disposto dall'art. 95, comma 10, del decreto legislativo n. 50/2016, riportando solo gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro, senza indicare i propri costi della manodopera.

Le illustrate caratteristiche escludono quindi ipso iure l'obbligatoria indicazione dei costi della manodopera in capo alle imprese partecipanti alla gara.

Casi di esclusione

Consiglio di Stato sez. V 28/7/2020 n. 4806

ritiene il Collegio che correttamente la sentenza appellata abbia escluso la natura intellettuale dei servizi assicurativi, rilevando come, per un verso, la natura intellettuale della prestazione non si esaurisca nel suo carattere immateriale, occorrendo anche che essa sia prevalentemente caratterizzata dal profilo professionale, e dunque personale della prestazione resa, e, per altro verso, che non costituisca a tal fine elemento dirimente il luogo in cui le prestazioni devono essere svolte.

Su queste basi, bene la sentenza appellata ha rilevato come l'esercizio dei servizi di copertura assicurativa oggetto di affidamento costituisca un'attività connotata dall'assoluta prevalenza dell'elemento aziendale che, a differenza del servizio di brokeraggio, non concerne un'attività di consulenza né si svolge esclusivamente nei locali dell'impresa prestatrice del servizio, ma implica una serie di attività materiali e giuridiche inserite in una complessa organizzazione aziendale, in cui difetta un apporto professionale e personale del singolo operatore.

Casi di esclusione

Tar Lazio, Roma, Sez. II Ter, 28/ 10/ 2019, n.12373

Trattasi, pertanto, di appalto il cui oggetto è costituito, in via principale, dalla fornitura e gestione di una piattaforma informatica necessaria per la gestione dei dati del personale di xxxx. che, come tale, è qualificabile come servizio di natura intellettuale in quanto non comporta l'esecuzione di significative prestazioni di natura materiale che esponano il personale dell'appaltatore ai rischi specifici alla cui tutela è preordinata la disposizione di cui all'art. 95 comma 10 d. lgs. n. 50/16.

Del resto, il giudice di appello ha già precisato che gli appalti di fornitura e gestione di un software hanno natura di servizio intellettuale con conseguente inconfigurabilità di specifici costi di sicurezza aziendale e del relativo obbligo di specifica indicazione (Cons. Stato n. 2098/17; Cons. Stato n. 180/14). ...

La ritenuta qualificazione dell'appalto oggetto di causa come servizio di natura intellettuale induce il Tribunale a ritenere che, secondo quanto previsto dall'art. 95 comma 10 d. lgs. n. 50/16, la ricorrente non aveva l'obbligo di indicare specificamente nell'offerta economica i costi aziendali della sicurezza.

Pertanto, come dedotto dalla ricorrente, le clausole del disciplinare di gara che prevedono l'esclusione per la mancata specifica indicazione dei costi aziendali della sicurezza anche per i servizi di natura intellettuale, sono nulle per violazione del principio di tassatività delle clausole di esclusione, previsto dall'art. 83 comma 8 d. lgs. n. 50/16.

Casi di esclusione

Tar Sicilia, Catania, IV, 06 marzo 2020, n. 582

*Di conseguenza, ogniqualvolta l'oggetto di un appalto sia costituito da servizi in parte intellettuali ed in parte di natura materiale, deve ritenersi applicabile la **regola generale** che impone, a pena di esclusione dalla procedura di affidamento, l'indicazione separata degli oneri aziendali di sicurezza.*

La giurisprudenza, infatti, ha ritenuto prestazione di servizi di natura intellettuale l'attività non implicante lo svolgimento di alcuna mansione materiale, ma soltanto prestazioni concettuali come ad esempio la fornitura e gestione di una piattaforma informatica necessaria per la gestione dei dati del personale di un ente (T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 28/10/2019, n.12373) o, in generale, la fornitura e gestione di un software (Cons. Stato n. 2098/17; Cons. Stato n. 180/14).

*Con riguardo al caso in esame, il Collegio osserva che, secondo quanto desumibile dalle norme tecniche del capitolato d'appalto (Parte B), il contratto prevede **operazioni di censimento e di ispezione delle strutture e di quantificazione numerica dei dati rilevati finalizzata a fasi successive di monitoraggio periodico e/o di interventi strutturali**, con la precisazione che **l'attività di monitoraggio implicherà anche l'ispezione visiva in campo, ed ossia sopralluoghi propedeutici all'accertamento delle eventuali misure da adottare.***

Il che costituisce attività materiale contraddistinta dalla necessità di accorgimenti a tutela della salute e dell'incolumità del dipendente che la espleta.

Casi di esclusione

Tar Lombardia, Milano , Sez. IV , 26 / 08 /2019 , n. 1919

quello di cui si discute non è qualificabile come appalto di servizi di natura intellettuale, tenuto conto che lo stesso comprende anche attività che non richiedono un patrimonio di cognizioni specialistiche per la risoluzione di problematiche non standardizzate e la ideazione di soluzioni progettuali personalizzate.

Esemplificativamente, l'appalto comprende – anche – il servizio di attivazione iniziale della posta elettronica, il servizio di migrazione per consentire agli utenti di utilizzare la posta elettronica in continuità con il precedente servizio, il servizio di “phase-out” strumentale alla migrazione delle caselle di posta elettronica, il servizio di help-desk per risolvere tutti i problemi relativi al servizio di posta elettronica, anche quelli meno complessi (v. art. 9 Capitolato tecnico).

Si tratta in buona sostanza dell'esecuzione – anche – di attività abbastanza semplici, ripetitive, che non richiedono l'elaborazione di soluzioni ad hoc, diverse caso per caso, per ciascun utente del servizio, ma di eseguire compiti standardizzati: in definitiva non si tratta di servizi aventi tutti natura intellettuale. Pertanto, i concorrenti erano obbligati, ai sensi dell'articolo 95, comma 10, D.Lgs. n. 50/2016 e della legge di gara, a indicare in offerta l'entità degli oneri di sicurezza interni.

Casi di esclusione

DELIBERA ANAC N. 208 del 26 febbraio 2020

RILEVATO che nella nota illustrativa al bando tipo n. 3, concernente "Schema di disciplinare di gara – Procedura aperta per l'affidamento di servizi di ingegneria e architettura di importo pari o superiore a 100.000 euro con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità prezzo", seppure con riferimento ad appalti di importo superiore alla procedura di cui al caso di specie, si evidenzia un principio generale essenziale e dirimente per l'odierna controversia: infatti, al paragrafo 3, si precisa che: «In ragione della natura intellettuale dell'oggetto dell'appalto, si segnalano talune specificità relative ai costi della manodopera ed agli oneri della sicurezza. Per i servizi di natura intellettuale, in virtù dell'articolo 95, comma 10 del Codice, gli operatori economici sono espressamente esonerati dall'onere di indicare i costi della manodopera e gli oneri aziendali sulla salute e sulla sicurezza nell'offerta economica»;

RITENUTO pertanto che, alla luce di tale interpretazione, il servizio oggetto dell'affidamento di cui si controverte possa ritenersi un servizio di natura intellettuale non sottoposto all'obbligo di cui all'articolo 95, comma 10, del d.lgs. n. 50/2016;

Casi di esclusione

Consiglio di Stato sez. III 9/1/2020 n. 170

L'art. 95, comma 10, d.lgs. 50/2016 stabilisce che "nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro ad esclusione delle forniture senza posa in opera....".

Va esclusa l'applicazione di tale disposizione nel caso in cui l'appalto in questione sia qualificabile come di mera fornitura senza posa in opera.

Casi di esclusione

Tar Puglia, Bari, Sez. I, 21/11/2020, n. 1482.

deve ritenersi che le prestazioni oggetto dell'affidamento costituiscono servizi di natura intellettuale, ciò comportando – ai sensi dell'art. 95, comma 10 del d.lgs. 50/2016 – l'esonero (addirittura) dall'obbligo di indicazione dei costi della manodopera e degli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro.

Tale qualificazione consegue alla considerazione che – come espressamente previsto dal capitolato d'onori – le prestazioni in questione consistono "nell'affidamento dei servizi di ingegneria e architettura": segnatamente "l'intervento è così individuato: a) progettazione definitiva, esecutiva, coordinamento della sicurezza in fase di progettazione; a1) progettazione definitiva ed esecutiva; a2) coordinamento della sicurezza in fase di progettazione (C.S.P.); b) direzione lavori e coordinamento sicurezza in esecuzione" (art. 1, rubricato "oggetto").

Dunque, tutte le prestazioni comprendono attività che richiedono, come ha avuto modo di precisare la giurisprudenza, "un patrimonio di cognizioni specialistiche per la risoluzione di problematiche non standardizzate, o la ideazione di soluzioni progettuali personalizzate" (cfr. TAR Lombardia – Milano, 26 agosto 2019, n. 1919).

Casi di esclusione

Consiglio Giustizia Amministrativa Regione Sicilia 31/3/2021 n. 278

L'appalto, avente ad oggetto i servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria di progettazione definitiva ed esecutiva, studio di impatto ambientale, comprensivo di esecuzione di indagini geologiche e geotecniche, ha come prestazione prevalente servizi di natura intellettuale, a nulla rilevando che nell'oggetto dell'appalto sia compresa anche l'esecuzione di indagini geologiche e geotecniche, essendo complementari e subvalenti e, quindi, accessorie rispetto all'attività principale di natura intellettuale, non sussistendo l'obbligo di indicazione specifica degli oneri sicurezza, anche qualora l'organizzazione della prestazione intellettuale possa essere comunque tale da esporre il prestatore ad una qualche forma di rischio; i servizi di natura intellettuale cui fa riferimento l'art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50 del 2016 sono, infatti, quelli in cui le prestazioni intellettuali rivestono carattere prevalente, ancorché non esclusivo, nel contesto delle prestazioni erogate, rispetto alle attività materiali.

Casi di esclusione

Consiglio di Stato, sez. III, 09.12.2020 n. 7749

... l'attività del collaudatore statico di cui alla l. n. 1086/71 e al d.p.r. n. 380 del 2001 inglobasse anche alcune attività materiali accessorie e strumentali per lo svolgimento delle prime, quale essenzialmente sarebbero l'accesso al cantiere e l'ispezione dell'opera, ha allo stesso tempo rilevato come né la disciplina nazionale né quella della specifica procedura di gara qui in rilievo recassero prescrizioni univoche. ...

La giurisprudenza di primo grado è, infatti, sul punto alquanto oscillante, registrandosi accanto a pronunce più rigorose (TAR Sicilia, sez. dist. Catania Sez. IV, 6 marzo 2020, n. 582) che affermano la necessità di una puntuale e separata indicazione degli oneri di sicurezza anche in presenza di attività accessorie e strumentali rispetto a prestazioni intellettuali, tesi alla quale ha poi aderito il giudice di prime cure, anche pronunce secondo cui, invece, la "prevalenza" delle prestazioni intellettuali escluderebbe tout court l'onere di indicazione dei costi di sicurezza (ad esempio T.A.R. Roma, (Lazio) sez. II, 04 luglio 2019, n. 8836, T.A.R. Reggio Calabria, sez. I, 30 dicembre 2019, n. 751) ed in tal senso, di recente, si è orientato questo Consiglio di Stato (cfr. Cons. St., Sez. V, 19 ottobre 2020, n. 6306; Sez. V, 22 luglio 2020, n. 4688).

Offerta anomala e CCNL

Tar Liguria, Sez. I, 01/10/2020, n. 676.

Da un primo punto di vista l'amministrazione, se pure ha tenuto presente un determinato CCNL, quello dell'artigianato, per la determinazione presuntiva del costo del lavoro, non ha inteso, né avrebbe potuto, imporre l'applicazione di tale CCNL ai partecipanti alla gara.

Dall'altro lato, avuto riguardo all'oggetto del contratto, che afferisce alle "riparazioni ordinarie e straordinarie meccaniche dei veicoli costituenti il parco mezzi di proprietà la scelta da parte dell'aggiudicataria di applicare il CCNL del soccorso non appare illogica o irrazionale, evidenziando tale CCNL una stretta connessione con l'oggetto dell'appalto.

A tal riguardo, oltre ad evidenziare come nell'oggetto dell'appalto siano ricomprese prestazioni di soccorso stradale, è sufficiente rilevare come, nel mansionario del CCNL soccorso stradale, siano ricomprese una serie di figure professionali, quali ad esempio il meccanico, che si attagliano perfettamente alle prestazioni oggetto dell'appalto.

Offerta anomala e CCNL

Tar Milano, sez. IV, 01 ottobre 2019, n. 2075

In particolare, la coerenza del contratto collettivo rispetto all'oggetto dell'appalto va esclusa nel caso di specie, atteso che il CCNL "Vigilanza Privata e Servizi Fiduciari" riguarda, rispettivamente, la vigilanza armata e non armata, e quindi si applica al personale cui viene richiesto di effettuare attività di vigilanza e custodia in senso stretto, mentre la procedura di gara riguarda l'affidamento del diverso servizio di gestione integrata delle attività di prenotazione, biglietteria inviti, accreditamenti ed accoglienza. Detto in altri termini, l'oggetto dell'appalto attiene all'accoglienza del pubblico in senso lato, mentre il CCNL "Servizi Fiduciari" attiene alla custodia e sorveglianza dei siti. Ne consegue che le declaratorie previste nel CCNL in esame risultano incongrue rispetto alle attività che i lavoratori saranno chiamati a svolgere nell'ambito dell'appalto, al quale si applicano in genere il CCNL Multiservizi e quello per i dipendenti da aziende del terziario della distribuzione e dei servizi (in senso analogo v. T.A.R. Veneto, n. 704/2018 e n. 706/2018).

Offerta anomala e CCNL

Tar Emilia Romagna, Parma, sez. I, 19 novembre 2018, n. 305

In particolare, per espletare il servizio oggetto di gara (che, vale la pena ricordare, si ripromette di offrire un'assistenza qualificata agli alunni, ivi compreso il sostegno e il recupero scolastico) occorrerebbe un congruo numero di educatori dal profilo di competenza adeguato ai compiti da svolgere (quattro per il servizio di doposcuola e uno per il servizio di post scuola) – di cui uno in funzione di coordinatore -, mentre l'aggiudicataria ha offerto, ad un costo dichiaratamente inferiore rispetto a quello offerto dal gestore uscente, figure professionali (cd. operatori) che, se in possesso di professionalità coerente con le mansioni svolte secondo il contratto collettivo di riferimento, non risultano avere qualificazione professionale adeguata in rapporto alle peculiarità del servizio in affidamento.

Più in dettaglio, il livello II e il livello IV del contratto Multiservizi offerto non sono certamente idonei ad essere applicati alla figura dell'educatore professionale socio-pedagogico (figura professionale che a regime deve obbligatoriamente essere in possesso di specifico diploma di laurea), trattandosi o di profili di ausiliariato materiale (II livello), o di impiegati tecnici o amministrativi con mansioni esecutive (IV livello).

Offerta anomala e CCNL

Tar Toscana, Firenze, sez. I, 12 febbraio 2018, n. 255

"il servizio oggetto della procedura negoziata di cui si tratta non è suscettibile di essere circoscritto allo svolgimento delle attività di assistenza e nella sorveglianza degli alunni delle scuole d'infanzia e primarie.

Si è avuto modo di evidenziare come l'attività oggetto del pre e post scuola non è suscettibile di essere circoscritta ad una semplice attività di sorveglianza, incidendo sull'attività didattica e sul coinvolgimento e sulle interrelazioni degli alunni, con l'evidente intento di proseguire, seppur con le modalità proprie di un'attività accessoria e temporalmente circoscritta, la formazione degli alunni posta in essere nel corso dell'orario scolastico. ...

Ciò premesso è evidente che le caratteristiche delle prestazioni richieste, unitamente al profilo degli operatori che dovranno svolgere dette attività, sono in palese contrasto con le figure professionali proposte, così come identificate dall'applicazione del CCNL Multiservizi. ...

E' altrettanto evidente che le caratteristiche del servizio e degli operatori da adibire all'esecuzione hanno l'effetto di qualificare, seppur indirettamente, il profilo dell'inquadramento richiesto che, come si è avuto modo di evidenziare, non può che essere ricondotto a quello dell'educatore professionale.

Detta circostanza è confermata dal riferimento, posto in essere dalla stazione appaltante, al livello D1 del contratto delle cooperative sociali che ricomprende i lavoratori che ricoprono posizioni di lavoro che richiedono conoscenze professionali teoriche specialistiche di base e capacità tecniche elevate per l'espletamento delle attribuzioni"

Offerta anomala e CCNL

Corte costituzionale 14/1/2022 n. 4

L'art. 75 della legge reg. Piemonte n. 15 del 2020 – attribuendo ai «soggetti aggiudicatori della Regione» il potere di prevedere criteri premiali di valutazione delle offerte a favore degli operatori economici che si impegnino a utilizzare in misura prevalente manodopera o personale a livello regionale – è idoneo a produrre effetti diretti sull'esito delle gare e, indirettamente, sulla scelta degli operatori economici in ordine alla partecipazione alle stesse, incidendo in questo modo sulla concorrenzialità nel mercato. Dall'introduzione dei detti criteri premiali, infatti, possono derivare conseguenze sulla minore o maggiore possibilità di accesso delle imprese al mercato regionale dei contratti pubblici».