



A domanda risponde

Avv. Ida Tascone
Segretario generale

**CLAUSOLE SOCIALI, MISURE DI
ANTICORRUZIONE E
CONTRATTUALISTICA PUBBLICA**

SPORTELLO ANTICORRUZIONE
La Community dei Responsabili Anticorruzione e Trasparenza

Cosa sono?

- Con la definizione di “**clausole sociali**” si fa riferimento a disposizioni normative che impongono ai datori di lavoro il rispetto di specifici standard di protezione sociale nello svolgimento di attività economiche in appalto o concessione.
- Ciò con la finalità di perseguire **la stabilità occupazionale** del personale impiegato e, di contro, consentire agli appaltatori di accedere a benefici di legge o agevolazioni finanziarie.

Il Codice dei contratti pubblici

- L'art. 50 del Codice degli appalti ne prevede - a seguito della modifica operata dal DL. 56/2017 - l'obbligatorio inserimento nel caso di bandi/avvisi aventi ad oggetto **affidamenti di appalti** e concessioni di lavori e di servizi diversi da quelli di natura intellettuale, con particolare riguardo a quelli ad **alta intensità di manodopera***

* Si ritengono servizi ad alta intensità di manodopera quelli nei quali il costo della manodopera è pari almeno al 50% dell'importo totale del contratto.

- Da tempo la giurisprudenza amministrativa è intervenuta a delimitare la portata applicativa della predetta disposizione, per garantire un necessario bilanciamento con altrettanti valori di pari rango europeo e costituzionale (tra cui rileva in primis quello della **libertà d'iniziativa d'impresa**).
- A tal proposito, costituisce un principio ormai consolidato quello secondo cui l'applicazione della **clausola sociale** non può comportare un indiscriminato e generalizzato dovere di **assorbimento del personale** utilizzato dall'impresa uscente, dovendo tale obbligo essere armonizzato con l'**organizzazione aziendale** prescelta dal nuovo affidatario.

Le linee guida n. 13

- In tema di clausole sociali presenti in appalti pubblici, un vademecum imprescindibile e fornito dalle Linee Guida ANAC n. 13 recanti, per l'appunto, *“la disciplina delle clausole sociali”*.
- In continuità con il Parere del Consiglio di Stato del 21 novembre 2018, che ha preceduto le linee guida stesse, e con la giurisprudenza maggioritaria, l'Autorità avverte che la clausola sociale di riassorbimento, *“ammessa dall'art. 50 del D. Lgs. 18/4/2016, n. 50, 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 ulteriormente 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; in sostanza, 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; i lavoratori, che non trovano spazio nell'organigramma dell'appaltatore subentrante e che non vengano ulteriormente impiegati dall'appaltatore uscente in altri settori, sono destinatari delle misure legislative in materia di ammortizzatori sociali; la clausola non comporta invece alcun obbligo per l'impresa aggiudicataria di un appalto pubblico di assumere a tempo indeterminato ed in forma automatica e generalizzata il totale del personale già utilizzato dalla precedente impresa o società affidataria”*.

- Sulla scorta di una tale premessa, atta a circoscrivere il campo di applicazione dell'istituto, l'Autorità chiarisce che ove l'oggetto del contratto permetta di scindere le attività assoggettate all'obbligo di previsione della clausola sociale da quelle non soggette a tale obbligo, la clausola sociale è applicata limitatamente alle attività di cui all'art. 50 del d.lgs. 50/2016.
- Resta ferma la facoltà per la stazione appaltante di estendere l'applicazione della clausola sociale alle attività non assoggettate all'obbligo.
- Quanto alla concreta applicazione delle clausole sociali, le Linee Guida in esame forniscono una serie di indicazioni a cui le stazioni appalti e gli operatori economici possono affidarsi per una corretta applicazione della normativa codicistica.

- In primo luogo, si specifica che, una volta che la stazione appaltante abbia inserito la clausola sociale all'interno della *lex specialis* di gara, l'operatore economico è tenuto ad accettarla espressamente. Specifica l'ANAC che la mancata accettazione della clausola sociale equivale ad un'offerta condizionata, come tale inammissibile nelle gare pubbliche, per la quale si impone l'esclusione del concorrente.
- L'accettazione fa sì che gli obblighi a cui l'operatore si impegna siano riportati nel contratto che a sua volta deve prevedere dei rimedi in caso di inottemperanza. Nello schema di contratto, le stazioni appaltanti sono tenute alla formulazione di clausole risolutive espresse ovvero penali commisurate alla gravità della violazione. Le conseguenze del mancato rispetto possono portare all'attivazione del rimedio di cui all'art. 108, comma 3, del Codice e, dunque, alla risoluzione del contratto.
- Quanto al **CCNL adottato**, deve essere **assimilabile a quello utilizzato** dalla precedente **società uscente**. A tal fine l'autorità specifica che l'inserimento di clausole sociali non è legittimo qualora non sussista, per la stazione appaltante, alcun contratto in essere nel settore di riferimento, ovvero il contratto in essere presenti un'oggettiva e rilevante incompatibilità rispetto a quello da attivare.

- Secondo l'autorità, sussiste un'**incompatibilità oggettiva** quando il contratto si riferisce alle prestazioni dedotte nel contratto e non deriva da valutazioni o profili meramente soggettivi attinenti agli operatori economici. Diversamente, non è ravvisabile un'incompatibilità laddove il contratto preveda prestazioni aggiuntive rispetto a quello precedente, salvo che, per l'entità delle variazioni e per i conseguenti effetti sulle prestazioni dedotte, risulti complessivamente mutato l'oggetto dell'affidamento.
- Ai fini dell'applicazione della clausola sociale e allo scopo di consentire ai concorrenti stilare il c.d. **progetto di assorbimento**, le stazioni appaltanti sono tenute ad indicare gli elementi rilevanti per la formulazione dell'offerta, e su richiesta a fornirne ulteriori.
- Il progetto di assorbimento permette di illustrare le concrete modalità di applicazione della clausola sociale, con particolare riferimento al numero dei lavoratori che beneficeranno della stessa e alla relativa proposta contrattuale (inquadramento e trattamento economico). La mancata presentazione del progetto può essere sanata mediante il soccorso istruttorio.

Appalti sotto-soglia a seguito della conversione del d.l.n. 76/2020

- Risultano facilmente intuibili le motivazioni sottostanti la scelta dell'attuale legislatore di estendere l'obbligatorietà della clausola sociale anche agli appalti sotto soglia.
- Si tratta di una precauzione indirizzata a salvaguardare la stabilità occupazionale e reddituale indubbiamente minata dalla pandemia da Covid-19. Il decreto semplificazione, infatti, si muove anche nell'ottica di una maggiore tutela dei lavoratori che si va a sommare alle disposizioni pro-occupazionali già presenti nel codice.

Continuità negli appalti

In alcuni settori specifici in cui queste ipotesi sono non poco frequenti è stata la contrattazione collettiva a dettare una disciplina specifica che prevede oltre al diritto dei lavoratori all'assunzione presso il subentrante anche procedure di informazione e consultazione sindacale. A titolo esemplificativo si segnalano:

CCNL	Cambio Appalto
CCNL Multiservizi	Art.4
CCNL TURISMO	Artt. 332 e ss.
CCNL Igiene ambientale	Art.6
CCNL Cooperative sociali	Art. 37
CCNL Vigilanza privata	Art.24

Clausole collettive

- Alcuni contratti collettivi prevedono una specifica disciplina proprio per la cessazione e il cambio di appalto da un'impresa all'altra.
- Il CCNL-Pulizia/multiservizi, art. 4, disciplina l'avvicendamento di appaltatori con due ipotesi:
 - assunzione "a parità di termini, condizioni e prestazioni contrattuali", purché il lavoratore risulti essere dipendente dell'appaltatore uscente da almeno quattro mesi;
 - assunzione "con modificazioni di termini, condizioni e prestazioni contrattuali": in questo caso, le organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro, in sede istituzionale (direzione territoriale del lavoro), o in sede sindacale, si incontreranno 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".

Continuità...

- Le clausole sociali che impongono la salvaguardia occupazionale, dunque possono essere contenute nei contratti collettivi, in una norma di legge o di un contratto di appalto. L'eventuale presenza fa scattare la disposizione prevista dalla Legge 122/2016 (entrata in vigore dal 23 luglio 2016).
- L'art.30 della legge n.122/2016 ha riformato il comma 3 dell'art.29 del D.Lgs. N.276/2003 (c.d. «Decreto Biagi»). La nuova norma ha introdotto delle novità in materia di c.d. «cambio appalto», quando cioè si verifica la successione di un imprenditore ad un altro nella gestione, con propria organizzazione, di uno specifico servizio in affidamento.
- La modifica legislativa è stata stimolata dall'intervento della Commissione dell'Unione Europea. Secondo le istituzioni comunitarie, il vecchio testo del comma 3 dell'art.29 (disciplina del cambio appalto) violava le tutele minime imposte a livello comunitario, nella parte in cui escludeva radicalmente la configurabilità di un trasferimento d'azienda quando l'impresa subentrante in un appalto assume i dipendenti già impegnati dall'imprenditore medesimo.
- A seguito di tale modifica la fattispecie del cambio appalto rientra a pieno titolo nella sfera di applicazione della direttiva in materia di <<trasferimento d'impresa>> (art.2112 c.c.) e delle connesse garanzie circa la continuità dei rapporti di lavoro in essere

Se è onere dell'appaltatore subentrante quello di salvaguardare i medesimi livelli retributivi dei lavoratori "riassorbiti", ovvero ad applicare il CCNL di riferimento indicato dalla S.A., è parimenti necessario che l'aggiudicatario garantisca al personale impiegato le medesime condizioni contrattuali ed economiche del gestore uscente?

- Nel caso in esame una ditta impugnava la sentenza di primo grado del TAR dell'Emilia- Romagna, che ne aveva confermato l'esclusione dalla procedura di gara per l'affidamento dei servizi bibliotecari del Comune di Modena.
- Motivo d'esclusione risiedeva appunto nella presunta mancata conformità dell'offerta economica presentata rispetto alle previsioni del Capitolato, in quanto "non rispettosa degli obblighi in materia di contratti di lavoro e lesiva dei diritti dei lavoratori".
- Infatti, in sede di controlli sulla conformità dell'offerta, veniva in particolare contestato all'aggiudicataria che il ribasso proposto sarebbe stato eccessivamente ridotto e comunque insostenibile rispetto al fine di assicurare ai lavoratori anche "gli scatti d'anzianità già maturati presso il precedente gestore del servizio".
- Proprio su tali profili faceva leva l'appellante, che contestava come non vi fosse nella disciplina di gara alcun obbligo di attribuzione ai lavoratori del medesimo livello di anzianità, né tantomeno l'applicazione della clausola sociale poteva spingersi sino a tal punto.

Il C.d.S., sez.V, sent.2/11/2020, n. 6761

- l'applicazione della clausola sociale deve attuarsi nel rispetto dell'autonomia organizzativa e imprenditoriale del nuovo appaltatore, con l'effetto che non poteva comportare un obbligo indiscriminato all'assunzione del personale uscente;
- la clausola sociale non può in ogni caso implicare la conservazione degli scatti d'anzianità in capo ai dipendenti, né un vincolo rispetto al corrispondente "inquadramento del personale".
- In definitiva, l'attuazione della clausola sociale deve comunque essere rimessa alle **concrete scelte imprenditoriali dell'appaltatore subentrante**, che verrebbero eccessivamente limitate nel caso in cui si imponesse l'obbligo di applicare ai lavoratori esattamente le stesse **"mansioni e qualifiche"** che avevano alle dipendenze del precedente datore di lavoro.