



Autorità Nazionale Anticorruzione

**Linee guida n...
recanti “La disciplina delle clausole sociali”**

Approvate dal Consiglio dell’Autorità con delibera n. del

Relazione Illustrativa

Sommario

Premessa.....	2
I. Contesto e obiettivi dell'intervento dell'Autorità	2
II. Indicazione delle categorie dei soggetti, pubblici e privati, destinatari dei principali effetti dell'intervento regolatorio.....	3
III. La procedura di consultazione pubblica	4
IV. Le scelte di fondo effettuate	4
V. Valutazione delle opzioni alternative	4
1. Ambito di applicazione	5
2. Il funzionamento delle clausole sociali	9
3. Il rapporto con i contratti collettivi	14
4. Conseguenze del mancato adempimento	18
5. Le clausole sociali diverse dal riassorbimento del personale	22

Premessa

Il decreto legislativo n. 50 del 2016 (di seguito Codice dei contratti pubblici), come novellato dal decreto legislativo 19 aprile 2017 n. 56 (cosiddetto decreto correttivo) prevede espressamente, all'articolo 50, che le stazioni appaltanti inseriscano, nei bandi e nelle lettere di invito, *“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”*.

Si tratta di una previsione che sovverte l'impostazione originaria del nuovo Codice dei contratti pubblici, che invece stabiliva una mera facoltà di inserimento (*“possono inserire...specifiche clausole sociali”*).

La *ratio* della clausola sociale, come delineata dalla predetta disposizione, è dunque in primo luogo quella di tutelare la stabilità occupazionale del personale utilizzato dall'impresa uscente nell'esecuzione del contratto.

I. Contesto e obiettivi dell'intervento dell'Autorità

Sebbene il predetto articolo 50 riferisca letteralmente l'aspetto “sociale” della clausola soltanto alle dinamiche tese al mantenimento del posto di lavoro, l'articolo 3, comma 1 lettera qqq) del Codice dei contratti pubblici accoglie invece una nozione più ampia, definendo le clausole sociali come *“disposizioni che impongono a un datore di lavoro il rispetto di determinati standard di protezione sociale e del lavoro come condizione per svolgere attività economiche in appalto o in concessione...”*.

La definizione recata dal predetto articolo 3 si presta dunque a consentire alle stazioni appaltanti aperture verso previsioni tese a valorizzare aspetti ulteriori rispetto alla mera tutela occupazionale dei lavoratori dell'impresa uscente.

La scelta del legislatore nazionale tiene conto delle indicazioni contenute nelle Direttive 23/24/25 UE (considerando nn. 37, 93, 99 e articolo 18, paragrafo 2, e articolo 70 della Direttiva 2014/24/UE).

Anche la legge delega per l'attuazione delle citate Direttive (legge 28 gennaio 2016, n.11) reca disposizioni specifiche sul tema delle clausole sociali.

Si fa riferimento, in particolare, all'articolo 1, comma 1, lettere fff) e ggg), il cui contenuto è confluito nell'articolo 50 del Codice, in merito alla promozione della stabilità occupazionale, ma anche all'articolo 1, comma 1, lettera ddd) sulla valorizzazione delle “*esigenze sociali e di sostenibilità ambientale*” ai fini della valutazione delle offerte (articolo 95, comma 6, del Codice dei contratti pubblici).

Il fattore ricorrente è rappresentato dalla qualificazione in termini di “clausola”, a sottolineare che la tutela della finalità sociale richiede, in capo alle parti contraenti, ed alla stazione appaltante *in primis*, la necessità di un formale e specifico recepimento nella *lex specialis* e nel contratto di appalto/concessione.

In argomento giova richiamare altresì le previsioni contenute nei bandi-tipo adottati dall'Autorità (si vedano il paragrafo 24 del bando-tipo n. 1/2017 e il paragrafo 25 del bando-tipo n. 2/2017).

Nel paragrafo 3.1 delle Linee guida recanti la disciplina dei contratti di importo inferiore alla soglia comunitaria (Linee guida n. 4, aggiornate da ultimo con delibera n. 206 del 1 marzo 2018), l'ANAC, facendo seguito a quanto indicato dal Consiglio di Stato nel parere n. 361 del 12 gennaio 2018, ha stabilito di adottare uno specifico atto regolatorio sul tema delle clausole sociali. Tale scelta è motivata dal fatto che, riguardando la materia trasversalmente l'intero Codice dei contratti pubblici e non singoli istituti, per quanto rilevanti, appare opportuno trattare l'argomento in uno specifico atto di carattere generale, anziché ripetere la trattazione nelle singole Linee guida (indicazioni sulle clausole sociali sono, ad esempio, contenute nelle Linee guida n.10, adottate con delibera n. 462 del 23 maggio 2018, al paragrafo n.5, sull'affidamento dei servizi di vigilanza privata).

L'Autorità reputa opportuno fornire, a beneficio del mercato, ai sensi della generale previsione di cui all'articolo 213, comma 2 del Codice dei contratti pubblici, un quadro esaustivo delle problematiche che riguardano l'istituto, tenuto conto che le clausole sociali:

- hanno particolare impatto sia nella fase di predisposizione dei bandi di gara che nella fase di esecuzione dei contratti;
- riguardano una notevole quantità di affidamenti;
- possono essere oggetto di rilevanti controversie fra le parti contraenti, coinvolgendo spesso anche le associazioni sindacali.

In particolare, l'intervento dell'Autorità concerne:

- l'ambito soggettivo e oggettivo di applicazione dell'istituto;
- le condizioni e i limiti di applicabilità;
- il rapporto con la contrattazione collettiva;
- le conseguenze derivanti dal mancato adempimento alla clausola;
- le clausole sociali diverse dal riassorbimento.

II. Indicazione delle categorie dei soggetti, pubblici e privati, destinatari dei principali effetti dell'intervento regolatorio

L'atto regolatorio impatta oggettivamente sull'intero settore della contrattualistica, con particolare riguardo agli appalti e alle concessioni di servizi e di lavori.

L'impatto è assolutamente trasversale, in quanto l'istituto di cui trattasi riguarda:

- l'attività diretta delle stazioni appaltanti (nella predisposizione dei bandi di gara);
- l'attività nel mercato degli operatori economici, nella formulazione delle offerte e negli adempimenti contrattuali;
- l'operatività degli enti esponentziali, tanto datoriali che sindacali, nell'ambito della contrattazione collettiva ma anche nelle procedure di cambio d'appalto.

Anche ove si limitasse il raggio d'azione agli appalti di servizi che presentano la caratteristica del *labour intensive*, che rappresentano il settore ove è fisiologicamente maggiore l'incidenza delle clausole, il volume di spesa del mercato pubblico è pari annualmente a ca 3 miliardi di euro corrispondente a ca. 4.000 aggiudicazioni (l'analisi è stata desunta sulla base dei sistemi informativi dell'Autorità, con ricerca sui seguenti settori merceologici: facchinaggio, pulizie, igiene, mensa, servizi postali, vigilanza).

III. La procedura di consultazione pubblica

Nell'adunanza del giorno 9 maggio 2018, il Consiglio dell'Autorità ha deliberato di avviare una consultazione on-line a base della quale è stato posto il documento denominato "*Linee guida recanti la disciplina delle clausole sociali- documento in consultazione*", al fine di acquisire osservazioni e commenti da parte degli operatori del settore.

Nel corso della consultazione, che si è svolta nel periodo 14 maggio 2018 – 13 giugno 2018, sono pervenuti all'Autorità contributi da parte di n. 25 soggetti (amministrazioni e società pubbliche; associazioni di categoria e di imprese, dipendenti di amministrazioni pubbliche e operatori economici). All'esito dell'esame dei contributi pervenuti, l'Autorità, a seguito dell'approvazione nell'adunanza del 2 ottobre 2018, ha trasmesso il testo elaborato al Consiglio di Stato per il consueto parere.

IV. Le scelte di fondo effettuate

La consultazione ha visto un'ampia partecipazione da parte degli stakeholders e ha consentito all'Autorità di acquisire elementi di significativa utilità ai fini delle scelte effettuate.

Tra le questioni di maggiore rilevanza trattate nelle Linee guida, si rappresenta quanto segue:

- con riguardo agli appalti diversi da quelli ad alta intensità di manodopera, l'Autorità ha optato per la tesi secondo cui la previsione della clausola sociale da parte della stazione appaltante è legittima e facoltativa;
- sul tema dell'efficacia della clausola sociale, su cui persiste un notevole dibattito dottrinale e giurisprudenziale, si è ritenuto che, a prescindere dalla fonte che introduce l'obbligo di prevedere la clausola (contratto collettivo o Codice), si imponga il rispetto dei principi di proporzionalità e libera iniziativa economica, dovendosi quindi l'obbligo di assorbimento armonizzare con l'organizzazione d'impresa prescelta dall'operatore economico subentrante;
- in merito alle conseguenze derivanti dal mancato rispetto della clausola, l'Autorità ha confermato l'impostazione tradizionale, secondo cui occorre distinguere fra mancata accettazione della clausola in gara - circostanza che comporta l'esclusione dalla gara - e mancato adempimento alle prescrizioni contrattuali nella fase dell'esecuzione. In tale ipotesi, la clausola sociale rileva come condizione di esecuzione, ex articolo 100 del Codice, ed è sanzionabile unicamente dalla stazione appaltante nell'ambito dei rimedi contrattuali.

V. Valutazione delle opzioni alternative

Di seguito si riportano le principali osservazioni formulate dagli stakeholders che hanno partecipato alla consultazione pubblica e le opzioni specificamente esercitate dall'Autorità, con l'evidenza delle ragioni sottese e delle novità introdotte con il nuovo atto regolatorio.

1. Ambito di applicazione

La disciplina recata dall'articolo 50 del Codice dei contratti pubblici si applica agli affidamenti di appalti e concessioni di lavori e di servizi diversi da quelli di natura intellettuale (ad esempio, servizi professionali, consulenza).

Si pone in primo luogo il problema di valutare se, al di fuori dei casi di alta intensità di manodopera, come definita dall'ultimo periodo dell'articolo 50, che rappresentano senza dubbio il campo elettivo della clausola sociale, le stazioni appaltanti abbiano o meno l'obbligo, ovvero la facoltà, di prevedere detta clausola anche in appalti non aventi la predetta caratteristica (con esclusione dei servizi di natura intellettuale, naturalmente).

Nella relazione allegata al documento in consultazione sono state prospettate le seguenti tesi:

- tesi dell'obbligatorietà: poiché l'articolo 50 del Codice reca l'inciso “*con particolare riguardo a quelli relativi a contratti ad alta intensità...*”, si potrebbe ritenere che il riferimento agli appalti *labour intensive* sia meramente esemplificativo, e che pertanto l'obbligo di introdurre la clausola riveste carattere generale, anche in contratti diversi, fatte salve le ipotesi di inapplicabilità contemplate dalla norma (servizi intellettuali) o comunque ricavabili dalla *ratio* della disposizione;
- tesi negativa: la clausola sociale tende essenzialmente alla stabilità occupazionale del personale dell'impresa uscente e, generando obblighi costitutivi di imponibile di manodopera, rappresenta un istituto di carattere eccezionale, in quanto tale derogatorio del principio della libera iniziativa economica di cui all'articolo 41 della Costituzione e, perciò, utilizzabile solo a fronte di un'espressa previsione, di fonte normativa o collettiva, nei limiti della stretta applicazione;
- tesi della facoltatività: si potrebbe ritenere che l'inciso “*con particolare riguardo a quelli relativi a contratti ad alta intensità...*” valga ad indirizzare l'obbligo di inserimento della clausola sociale nei riguardi degli appalti *labour intensive*, senza tuttavia escludere che la stessa sia proponibile anche negli appalti in cui la manodopera non assume carattere di prevalenza, stanti la formulazione “aperta” dell'articolo 50 del Codice dei contratti pubblici e il principio dell'autonomia negoziale di cui gode la stazione appaltante ex articolo 1322 del codice civile. Seguendo tale indirizzo interpretativo, si potrebbe ulteriormente ritenere necessario che il peso della manodopera abbia comunque un valore significativo e/o che sia fornita adeguata motivazione nella determina a contrarre o nell'atto equivalente delle ragioni sottese alla previsione.

Nell'articolato di Linee guida posto in consultazione si è optato per la tesi della facoltatività, ritenuta più aderente al tenore letterale delle disposizioni e più coerente con la generale discrezionalità di cui godono le stazioni appaltanti.

Nel documento in parola si è ritenuta, in ogni caso, non proponibile la clausola sociale nelle seguenti situazioni, nelle quali la componente della prestazione lavorativa non acquisisce un rilievo specifico:

- appalti di forniture;
- appalti/concessioni in cui la prestazione lavorativa è scarsamente significativa o anche irrilevante (ad esempio, appalti di natura finanziaria);
- in termini più generali, ogni qual volta è riscontrabile l'elemento dell'*intuitus personae*.

Sull'argomento, gli stakeholders hanno aderito, in larga prevalenza, alla tesi della facoltatività. In particolare, è stato osservato (soprattutto dalle associazioni datoriali) che prevedere un regime di obbligatorietà generalizzata della clausola sociale comporterebbe una significativa restrizione al principio di libera iniziativa economica sancito dall'articolo 41 della Costituzione e, di riflesso, un significativo vincolo all'attività imprenditoriale nel settore degli appalti pubblici.

Di contro, alcuni stakeholders (in particolare le associazioni sindacali) hanno ritenuto preferibile l'opzione dell'obbligatorietà, in quanto ritenuta più aderente al dato letterale. In tale ottica interpretativa, è stato infatti osservato che l'articolo 50 del Codice prevede, quale unica eccezione all'obbligatorietà, il settore dei servizi intellettuali, talché contrasterebbe con la *littera legis* ogni interpretazione volta a circoscriverne la portata al di là dell'eccezione espressamente contemplata dal legislatore.

Sempre in tema di ambito oggettivo di applicazione, diversi stakeholder hanno suggerito espressamente di declinare la nozione di "servizi intellettuali". È stato infatti rilevato che la relativa nozione non appare scevra da incertezze applicative, e quindi sarebbe auspicabile stabilire i confini con le prestazioni che implicano "attività umane" ma che non sembrano inquadrabili nell'ambito dei servizi intellettuali (es. servizi professionali ICT).

Ulteriormente, nel dibattito scaturito dalla consultazione:

- è stata evidenziata l'opportunità che nelle Linee guida siano fornite indicazioni su come applicare la clausola sociale negli affidamenti caratterizzati dalla contemporanea presenza di servizi intellettuali, o comunque di servizi esclusi *ex lege* dall'applicazione della clausola, e prestazioni rientranti nel campo di applicazione della clausola;
- è stato sollecitato il punto di vista dell'Autorità sulla possibilità o meno di estendere la disciplina delle clausole sociali anche ai dipendenti delle imprese che operano in regime di subappalto. Ad avviso dei proponenti, la soluzione dovrebbe essere negativa;
- l'Autorità è stata invitata a chiarire la disciplina applicabile agli affidamenti sotto soglia, atteso il regime di facoltatività previsto dall'articolo 36 del Codice.

Opzione scelta

In tema di ambito oggettivo di applicazione, la prima questione da dirimere riguarda l'estensione dell'obbligo di inserimento della clausola, al di là della fattispecie indicata dal legislatore (contratti ad alta intensità di manodopera), ossia in pratica a tutti i contratti pubblici di appalto e concessione non ad alta intensità di manodopera, salvi poi i servizi intellettuali e quelli comunque incompatibili con la previsione della clausola.

L'elemento dirimente è rappresentato dall'inciso "con *particolare riguardo a...*", di cui all'articolo 50 del Codice.

Astrattamente, si potrebbe ritenere che, con tale espressione, il legislatore abbia inteso fornire un mero esempio di tipologia contrattuale alla quale deve necessariamente essere apposta la clausola sociale.

Ad avviso dell'Autorità, è preferibile dare seguito all'indirizzo, già prospettato nel documento di consultazione e avallato dalla maggior parte degli stakeholders, teso a ritenere che l'inciso previsto dal legislatore valga ad indirizzare, e al contempo a restringere, l'obbligo di prevedere la clausola limitatamente ai contratti *labour intensive*.

Tale interpretazione, ad avviso dell'Autorità, sembra più coerente con la citata disposizione normativa, per un duplice ordine di ragioni:

- se il legislatore avesse inteso stabilire l'applicazione generalizzata della clausola sociale, non avrebbe introdotto l'inciso "con *particolare riguardo a...*", ma si sarebbe ragionevolmente limitato a introdurre il principio, con la relativa eccezione (servizi intellettuali). Inoltre, una chiara conferma di tale assunto è rinvenibile nella relazione tecnica (pag. 5) presentata dal Governo in sede di approvazione del decreto correttivo al Codice dei contratti pubblici (rif. Articolo 30 del

decreto legislativo n. 56/2017), laddove viene chiaramente affermato che la modifica apportata all'articolo 50 del Codice introduce, per i servizi ad alta intensità di manodopera, l'obbligo di inserimento della clausola;

- applicare di necessità la clausola anche a servizi caratterizzati da scarsa rilevanza della manodopera comporterebbe un'irragionevole rigidità dell'istituto e potrebbe creare criticità applicative, tenuto conto della potenziale difficoltà ad individuare la reale entità della manodopera.

Sul punto, quindi, al paragrafo 2.2 delle Linee guida, l'Autorità ha precisato che l'articolo 50 pone in essere una disciplina obbligatoria per i contratti di servizi e lavori ad alta intensità di manodopera e facoltativa per quelli non aventi tale caratteristica.

Per i contratti non *labour intensive*, quindi, l'Autorità è dell'avviso che debba essere confermato il generale regime di facoltatività della clausola, come tale rientrante nella piena discrezionalità della stazione appaltante, fatta salva la disciplina recata dai contratti collettivi applicabili e le esclusioni tipizzate dall'articolo 50 del Codice (servizi intellettuali) o comunque ricavabili dalla disciplina (v. di seguito).

Altro aspetto da regolare concerne appunto il regime delle esclusioni, posto che il legislatore ha previsto unicamente i servizi intellettuali.

Al riguardo, l'Autorità ha ritenuto di confermare le valutazioni proposte nel documento di consultazione, nel senso che la clausola sociale non può essere applicata (oltre ai servizi intellettuali):

- ai contratti nei quali la manodopera sia manifestamente irrilevante (come negli appalti finanziari e assicurativi);
- laddove si rinvenga l'elemento dell'*intuitus personae*, atteso che negli affidamenti in cui sia rinvenibile tale caratteristica non sarebbe ragionevole ipotizzare l'obbligo di servirsi del medesimo lavoratore;
- agli appalti di forniture, non considerati dal tenore letterale dell'articolo 50 del Codice, che fa riferimento unicamente a servizi e lavori.

Peraltro, in accoglimento di un suggerimento avanzato da uno stakeholder, si è ritenuto di prevedere un'ulteriore casistica di esclusione, rappresentata dai servizi resi occasionalmente. Per tali servizi, la mancanza di stabilità/continuità nell'erogazione delle prestazioni impedisce in radice di configurare un obbligo di riassorbimento. D'altra parte, opinando in senso contrario si dovrebbe ipotizzare che, a fronte di un servizio, prestazionalmente omogeneo al servizio cessato ma da rendere successivamente (ad esempio per scelta della stazione appaltante) in modalità occasionale (es. pulizia occasionale di un edificio, in precedenza pulito quotidianamente), l'operatore subentrante debba mantenere in organico i lavoratori utilizzati dal precedente assuntore.

Diversi stakeholders hanno inoltre suggerito di fornire indicazioni sull'obbligo o meno di applicazione della clausola sociale nei contratti "misti", ossia comprendenti in parte prestazioni ricadenti nell'obbligo in questione e in parte esonerati da tale obbligo, in quanto non *labour intensive* o esclusi *tout court* (es. contratto che preveda forniture di materiali o servizio di consulenza, con associate prestazioni continuative di servizi operativi).

Condividendo il suggerimento, l'Autorità, al secondo periodo del paragrafo 2.2, ha ritenuto che in tali ipotesi l'applicazione della clausola si imponga limitatamente alle prestazioni assoggettate all'obbligo di inserimento, a condizione che dette prestazioni siano scorporabili. Tale opzione consente di tutelare i lavoratori impiegati in prestazioni soggette alla clausola, anche in concorso con altri utilizzati in settori per cui non opera la clausola e anche, vieppiù, nell'ipotesi in cui le prestazioni escluse siano prevalenti.

La stazione appaltante peraltro (paragrafo 2.2, terzo periodo) in simili circostanze ha la necessità di evidenziare, negli atti di gara, l'esatta porzione di contratto assoggettato all'obbligo di riassorbimento del personale, così da orientare i concorrenti in ordine al corretto assolvimento dell'obbligo.

L'Autorità ha reputato condivisibile il suggerimento ricevuto nella consultazione di delineare una nozione di servizi "intellettuali", allo scopo di orientare i comportamenti delle stazioni appaltanti nella predisposizione degli atti di gara, vista la mancanza di specifica declaratoria ad opera del Codice.

In particolare, al paragrafo 2.1, si è data indicazione nel senso che, ai fini dell'inquadramento in tale categoria, si considerano i servizi caratterizzati dalla presenza di prestazioni di natura professionale, resi prevalentemente con il proprio apporto personale, come ad esempio nel caso del brokeraggio assicurativo e della consulenza. Tale nozione si ricava dalla costante elaborazione pretoria (v. recente Tar Bolzano, sentenza n. 139 del 18 aprile 2018).

Peraltro, l'Autorità ha reputato opportuno chiarire che, nell'ipotesi in cui il servizio di natura intellettuale venga ad essere affiancato da attività materiali, occorre valutare la prevalenza dell'una o dell'altra componente, per valutarne l'inquadrabilità o meno nel novero dei servizi intellettuali; in ogni caso, la coeva presenza di attività materiali non esclude, di per sé, tale inquadramento.

L'Autorità, in adesione alle osservazioni formulate dagli stakeholders, ha inoltre preso posizione sulle ulteriori questioni sollevate nel corso della consultazione sotto il profilo dell'ambito oggettivo di applicazione.

In particolare, al paragrafo 2.5, l'Autorità ha chiarito che la disciplina recata dall'articolo 50 del Codice non si applica nei riguardi dei lavoratori utilizzati dalle imprese subappaltatrici nel contratto cessato.

Al riguardo, la valutazione compiuta dall'Autorità, conforme peraltro sul punto alle indicazioni fornite dagli stakeholders, tiene conto, in primo luogo, del fatto che l'articolo 50 del Codice collega la clausola sociale ad un obbligo dell'aggiudicatario e non di altri soggetti.

Inoltre, sebbene la *ratio legis* dell'istituto, volta al mantenimento delle posizioni occupazionali dei lavoratori utilizzati nel contratto pubblico, può essere associata anche al subappalto, a bene vedere in tale istituto difetta un legame giuridico diretto fra subappaltatore e stazione appaltante (il subappalto costituisce tipicamente un contratto derivato, in cui le reciproche obbligazioni rilevano, in linea di principio, solo fra le parti contraenti). Infatti, ai sensi dell'articolo 105, comma 8, primo periodo del Codice, anche in caso di affidamento in subappalto l'unico soggetto responsabile nei confronti della stazione appaltante è l'affidatario. Si evidenzia, ulteriormente, che l'impresa subappaltatrice potrebbe, in corso di esecuzione, essere sostituita per scelta dell'affidatario, ovvero questi potrebbe rinunciare al subappalto stesso, talché difetta, nella sostanza, la stabilità del legame contrattuale, con evidenti difficoltà per la stazione appaltante ad identificare correttamente il regime applicabile.

A contrario, si potrebbe sostenere, oltre all'applicabilità della *ratio legis* volta alla tutela dei livelli occupazionali, come sopra evidenziato, che nella disciplina del subappalto recata dal Codice dei contratti pubblici non mancano disposizioni che introducono interferenze tra contratto principale e subappalto e che, in varia misura e maniera, impongono alla stazione appaltante la verifica del contratto di subappalto o il rispetto degli standards sociali ed economici previsti dal Codice stesso o dalla vigente legislazione giuslavoristica (v. ad, esempio, articolo 105, comma 13, in tema di pagamento diretto al subappaltatore).

Ciò posto, ad avviso dell'Autorità restano prevalenti le ragioni per negare l'applicabilità della clausola sociale in caso di subappalto.

Nel paragrafo 2.3 delle Linee guida, come da suggerimento esplicitato nel corso della consultazione, l'Autorità ha affrontato il tema della disciplina applicabile negli affidamenti sotto soglia, posto il regime di facoltatività previsto dall'articolo 36, primo comma, secondo periodo del Codice (*“le stazioni appaltanti possono, altresì, applicare le disposizioni di cui all'articolo 50”*).

L'Autorità, ferma la facoltà di previsione in capo alle stazioni appaltanti, ritiene che la disciplina non presenti difformità rispetto a quella applicabile sopra soglia. Inoltre, ha ritenuto opportuno precisare che, nelle procedure negoziate e negli affidamenti diretti, l'applicazione del principio di rotazione, in forza dell'articolo 36, primo comma del Codice, non incide né sui presupposti di applicazione né sul funzionamento delle clausole sociali.

2. Il funzionamento delle clausole sociali

La stazione appaltante, sussistendo le condizioni oggettive e soggettive di applicazione dell'articolo 50 del Codice dei contratti pubblici, in ottemperanza alla predetta disposizione inserisce le clausole sociali all'interno della *lex specialis* di gara.

Nel documento posto in consultazione sono stati indicati i presupposti logico-giuridici individuati dalla giurisprudenza consolidata per la sussistenza dell'obbligo e, ulteriormente, i limiti di contenuto.

Quanto ai presupposti applicativi, è necessario che il contratto di cui si tratta sia oggettivamente assimilabile a quello in essere (v. al riguardo, sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, 28 agosto 2018, n. 4079). Non è pertanto concepibile l'inserimento di clausole volte alla tutela dei livelli occupazionali qualora:

- non sussista, per la stazione appaltante, alcun contratto in essere nel settore di riferimento;
- il contratto in essere presenti un'oggettiva incompatibilità rispetto a quello da attivare (ad esempio, per la diversità delle attività oggetto dell'affidamento e/o per la difformità delle condizioni soggettive di accesso alla gara da parte degli operatori economici).

Qualora l'incompatibilità si riferisca all'entità delle prestazioni (ad esempio, il nuovo appalto prevede l'utilizzo di un numero inferiore di prestazioni e dunque di risorse lavorative rispetto al contratto in essere), nel documento si è evidenziato come l'obbligo di assorbimento possa gravare nei limiti del nuovo fabbisogno (l'impresa subentrante non può quindi essere obbligata a riassorbire tutti i dipendenti dell'impresa cessante anche a fronte di un mutato, al ribasso, quadro esigenziale).

Alcuni stakeholders hanno rappresentato l'opportunità di fornire ulteriori indicazioni circa le ipotesi di incompatibilità fra contratto precedente e contratto di cui trattasi. In particolare, secondo la posizione espressa da uno stakeholder intervenuto, bisognerebbe precisare che l'incompatibilità non sussiste mai nel caso in cui il nuovo contratto contenga delle prestazioni aggiuntive rispetto a quello in essere e che, anche nell'ipotesi di prestazioni inferiori, l'obbligo al riassorbimento in linea generale opera ugualmente, proporzionalmente al mutato fabbisogno.

Posto che sussistano le condizioni per inserire la clausola sociale, occorre analizzare, in dettaglio, i contenuti della clausola e gli adempimenti che ne derivano.

Con riferimento al contenuto principale dell'obbligo gravante sull'impresa subentrante, nel documento posto in consultazione è stato evidenziato come la giurisprudenza, anche comunitaria, ha chiarito che l'applicazione della clausola sociale non comporta 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. In tal senso, deve intendersi il richiamo operato dall'articolo 50 del Codice dei contratti pubblici ai "*principi dell'Unione Europea*".

Il riassorbimento del personale, in sostanza, sarebbe imponibile nella misura e nei limiti in cui sia compatibile con il fabbisogno richiesto dall'esecuzione del nuovo contratto e, altresì, con la pianificazione e l'organizzazione aziendale prescelta dal nuovo assuntore.

Sussistendo tale compatibilità, il lavoratore dell'impresa uscente deve essere riassorbito dall'impresa entrante, con preferenza rispetto a soggetti terzi.

I lavoratori che non trovano collocazione nella nuova organizzazione sono destinatari, nel rispetto delle procedure sindacali, delle tutele apprestate dagli ammortizzatori sociali previsti dalla legge. In ordine all'attivazione di tali tutele, uno stakeholder ha evidenziato la necessità di precisare che l'attivazione delle misure è affidata, in caso di mancato riassorbimento, all'impresa cessante.

Proprio sul tema dell'efficacia della clausola sociale, il dibattito nella consultazione è stato ampio e acceso, richiamando a ben vedere un contrasto presente nell'attuale giurisprudenza e nella dottrina.

Da un lato, infatti, alcuni stakeholders (posizione prevalente) hanno manifestato adesione all'indirizzo secondo cui l'applicazione flessibile della clausola - siccome temperata dal rispetto dei principi di valenza costituzionale ed eurounitaria della proporzionalità e della libera iniziativa economica - si dovrebbe adottare a prescindere dalla fonte che introduce l'obbligo di previsione della clausola (es. contratto collettivo piuttosto che l'articolo 50 del Codice), pena la frustrazione dei principi stessi, di inderogabile portata.

Viceversa, secondo altro orientamento sostenuto nel dibattito sull'argomento, l'applicazione flessibile della clausola sarebbe legittima unicamente ai casi in cui, silente il contratto collettivo, sia la stazione appaltante, in forza dell'obbligo sancito dalla legge (*rectius*, dall'articolo 50 del Codice), a introdurre l'obbligo in gara. In particolare, secondo tale approccio, non sarebbe logico ritenere che, nei casi in cui sia la contrattazione collettiva a statuire l'obbligo, il riassorbimento rappresenti un effettivo *vulnus* ai suddetti principi, dal momento che l'operatore economico ha aderito volontariamente all'associazione datoriale firmataria del contratto collettivo. La flessibilità della clausola, in altri termini, si potrebbe applicare solo nella diversa ipotesi in cui sia la stazione appaltante a intervenire, in supplenza rispetto alla fonte collettiva, introducendo l'obbligo di riassorbimento in capo all'impresa subentrante.

Sempre in ordine al contenuto del riassorbimento del personale, diversi stakeholders hanno segnalato, con posizioni differenziate nel merito della soluzione, l'opportunità di disciplinare la modalità con la quale individuare i lavoratori beneficiari delle tutele previste dalla clausola sociale.

Secondo un primo approccio, si potrebbe argomentare nel senso che - fermi condizioni e limiti sopra cennati - la tutela volta al riassorbimento riguarderebbe l'intero personale utilizzato alla cessazione del contratto dall'affidatario uscente.

Secondo altro orientamento, il riassorbimento dovrebbe essere limitato al personale che ha operato in modo stabile e continuativo nel contratto cessato, evitando che l'operatore subentrante abbia la necessità di acquisire anche il personale utilizzato in modo occasionale o stagionale, o comunque che sia stato collocato nell'esecuzione contrattuale in prossimità della scadenza, senza apparente giustificazione ovvero per risolvere problemi interni all'impresa uscente.

Alcuni stakeholders, allo scopo di definire in modo puntuale gli obblighi di riassorbimento, hanno proposto, al riguardo, di utilizzare criteri matematici tesi a collocare l'obbligo nei confronti del personale utilizzato per almeno x giorni negli ultimi x mesi (es. per almeno 240 giorni prima della scadenza del contratto).

Il tema del contenuto degli obblighi derivanti dalla previsione della clausola sociale è stato approfondito da taluni stakeholder anche sotto il profilo del rapporto con la norma recata dall'articolo 29, comma 3 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n.276 (cd. decreto Biagi).

Tale disposizione stabilisce che il cambio d'appalto non configura trasferimento d'azienda (*ergo* non è applicabile l'articolo 2112 c.c.), ove siano presenti elementi di discontinuità in termini di identità aziendale tra il soggetto subentrante e quello cessante.

Secondo alcune osservazioni formulate nel corso della consultazione, l'Autorità dovrebbe:

- inserire, nel contesto dell'atto regolatorio in questione, una previsione di richiamo alla predetta disposizione;
- chiarire se, in forza di detta norma, l'operatore economico entrante abbia la possibilità o meno di ricontrattualizzare i dipendenti assorbiti secondo parametri diversi da quelli spettanti agli

stessi durante il pregresso rapporto contrattuale sulla base del CCNL applicato dall'operatore uscente. La questione, con tutta evidenza, si salda con la tematica della corretta individuazione del contratto collettivo, in presenza di più contratti astrattamente applicabili (v. paragrafo successivo).

In disparte i temi dianzi evocati, nel documento in consultazione si è posto inoltre l'accento sulla necessità che la clausola sociale sia espressamente prevista ed evidenziata a chiare lettere dalla stazione appaltante nella *lex specialis* (sia nel disciplinare di gara che nello schema di contratto, così come previsto nel bando tipo Anac n. 1/2017, paragrafo 24), nonché sull'opportunità che, in sede di offerta, l'operatore economico accetti espressamente la clausola in questione e che, naturalmente, l'obbligo sia riportato anche nel contratto poi sottoscritto con l'affidatario.

Allo scopo di consentire ai concorrenti di conoscere i dati del personale da assorbire, nel documento posto in consultazione è stato previsto che la stazione appaltante debba altresì indicare, in modo chiaro, i dettagli delle unità impiegate nell'esecuzione del contratto in corso, con particolare riguardo a: numero di unità, monte ore, CCNL applicato dall'attuale appaltatore, qualifica, livelli retributivi, scatti di anzianità, sede di lavoro.

Sul punto, alcuni stakeholders hanno palesato contrarietà a prevedere l'obbligo, anziché la facoltà, di inserire i predetti dati nella documentazione di gara, in quanto le stazioni appaltanti potrebbero non disporne al momento dell'avvio della procedura selettiva. Inoltre, è stato evidenziato come il citato bando tipo Anac n. 1/2017 (paragrafo 24, pagina 47) contempli la facoltà e non l'obbligo di prevedere i dati nella *lex specialis*. La previsione esposta nel documento di consultazione, dunque, si rivelerebbe disarmonica rispetto alla citata previsione del bando-tipo.

Opzione scelta

Il tema dell'efficacia della clausola sociale, in relazione alle diverse ipotesi in cui la clausola è prevista dal CCNL o imposta ai concorrenti dalla stazione appaltante, è senza dubbio l'argomento affrontato con maggiore *vis* dagli stakeholders nel corso della consultazione.

In effetti, il tema appare, oltre che di stretta attualità nel diritto vivente, denso di conseguenze sul piano applicativo, specie ove si consideri che - come segnalato da diversi soggetti - è sempre crescente il numero di contratti collettivi che contempla obblighi di riassorbimento del personale.

La tematica, dunque, è destinata ad assumere toni sempre più accesi, a fronte della palese emersione di contrapposti interessi: quello delle associazioni sindacali a restringerne l'applicazione cd. flessibile alle ipotesi non contemplate dai CCNL, quello speculare delle associazioni datoriali a confermare la possibilità, per gli operatori economici subentranti, di un obbligo nei limiti di compatibilità con l'organizzazione aziendale prescelta.

Al riguardo, si osserva che in effetti allo stato si registra un contrasto nelle pronunce giurisprudenziali.

Da un lato, infatti, il Tar Liguria, sez. II, con sentenza n. 640 del 21 luglio 2017 ha aderito all'orientamento, sopra descritto, per cui il Codice, con l'articolo 50, avrebbe introdotto per la clausola sociale un regime dicotomico, nel quale l'applicazione per così dire flessibile della clausola sarebbe da riferirsi alla sola ipotesi in cui sia la stazione appaltante ad introdurre l'obbligo di riassorbimento.

Il Consiglio di Stato, sez. V, con sentenza n. 272 del 17 gennaio 2018 ha tuttavia riformato la pronuncia del Tar Liguria, osservando come siffatta distinzione di regime non abbia fondamento nell'ordinamento nazionale. Tale orientamento è stato confermato anche dal Consiglio di Stato, sez. III, con sentenza n. 3471 del 8 giugno 2018. Ad avviso dei giudici di Palazzo Spada, si impone un'applicazione "*costituzionalmente e comunitariamente orientata*", talché la clausola è legittima solo laddove non comporti un generalizzato obbligo di riassorbimento.

Ad avviso dell'Autorità, merita seguito l'indirizzo avallato dalle pronunce del Consiglio di Stato e sostenuto nel documento di consultazione.

In primo luogo, appare condivisibile il richiamo ai principi, di derivazione costituzionale ed eurounitaria, della libera iniziativa economica e della concorrenza, che verrebbero giocoforza compresi laddove le clausole di riassorbimento presenti nei CCNL (così come nella *lex specialis*) fossero intesi in modo rigido.

In secondo luogo, si osserva che l'applicazione rigida della clausola, anche ove apposta nel CCNL, è suscettibile di generare effetti distorsivi nell'ambito del procedimento selettivo, in quanto potrebbero verificarsi le seguenti ipotesi: a) la stazione appaltante potrebbe non conoscere con assoluta precisione l'organico e l'inquadramento dell'attuale forza-lavoro utilizzata dall'appaltatore; b) i CCNL applicati da operatore uscente ed entrante potrebbero essere diversi (v. paragrafo successivo). In queste ipotesi, il concorrente assoggettato dal CCNL all'obbligo integrale di riassorbimento potrebbe essere danneggiato nel procedimento selettivo in quanto scontrerebbe oneri non ascrivibili ai restanti *competitors*. Ciò avrebbe conseguenze negative sul pieno esplicarsi del gioco competitivo nell'affidamento dei contratti pubblici e, almeno potenzialmente, potrebbe innescare un processo contrario alla tendenza, in atto, di crescente inclusione nei CCNL delle clausole in questione.

In considerazione di quanto precede, al paragrafo 3.2, ultimo punto, delle Linee guida è stata aggiunta la precisazione per cui i limiti di contenuto dell'obbligo di riassorbimento si applicano indifferentemente sia nell'ipotesi di previsione ad opera del CCNL, sia nel caso di inserimento determinato dalla stazione appaltante, discrezionalmente o in adesione alla prescrizione recata dall'art.50 del Codice.

In tema di contenuto dell'obbligo di riassorbimento, uno dei temi segnalati dagli stakeholders ha ad oggetto la determinazione del personale compreso nella tutela della clausola.

Si tratta, senza dubbio, di un punto con rilevanti ricadute applicative. In altri termini, occorre valutare come si determini, in concreto e in dettaglio, l'elenco dei lavoratori che beneficiano della tutela.

Sul punto, l'Autorità ritiene più aderente alla *ratio* dell'istituto e al tenore dell'articolo 50 del Codice l'approccio che correla l'obbligo di riassorbimento - sia pure con i limiti di contenuto sopra evidenziati relativi alla compatibilità con l'organizzazione aziendale prescelta dall'impresa subentrante - i lavoratori utilizzati dall'affidatario uscente al momento della cessazione del contratto.

L'opzione, suggerita da diversi stakeholders, di considerare soltanto i lavoratori impiegati stabilmente, in modo continuativo ovvero per un certo numero di giorni in un determinato periodo, per quanto intercetti la corretta esigenza di evitare di "addossare" un onere eccessivo in capo al subentrante, incontra diverse difficoltà, di seguito evidenziate:

- non sembra avere un sicuro fondamento di diritto positivo;
- l'eventuale fissazione, ad opera dell'Autorità, di una formula o parametro matematico avrebbe il carattere dell'arbitrarietà;
- non considera l'ipotesi di lavoratori stagionali, i quali potrebbero essere stati impiegati, nel contratto cessato, solo per pochi giorni o mesi, ma con una serialità riproponibile nel contratto successivo.

Nondimeno, appare opportuno escludere l'obbligo di riassorbimento con riguardo al personale utilizzato solo marginalmente, ad esempio perché utilizzato in modo occasionale (per prestazioni *una tantum*), ovvero perché immesso tardivamente nell'esecuzione contrattuale, ad esempio nel periodo finale del contratto, senza adeguata giustificazione, ossia non in sostituzione di altro personale o in coerenza con un incremento prestazionale disposto dalla stazione appaltante o previsto in contratto. In tali casi, è ragionevole ritenere che l'impresa subentrante non debba farsi carico dei lavoratori in questione.

Pertanto, al paragrafo 3.3, si è ritenuto opportuno aggiungere le seguenti previsioni:

- ai fini dell'applicazione della clausola, si considera l'organico in essere alla data di cessazione del contratto;

- in caso di utilizzo di lavoratori stagionali o con frequenza periodica, l'applicazione della clausola non può di per sé essere esclusa, nei limiti di compatibilità con le prestazioni dedotte nel nuovo contratto;
- l'impresa subentrante può legittimamente esercitare il rifiuto di riassorbimento nei riguardi dei lavoratori utilizzati in modo occasionale, ovvero immessi tardivamente nel contratto senza giustificazione. Tale indicazione si rende opportuna allo scopo di contrastare possibili situazioni di abuso perpetrato dall'impresa uscente a danno di quella subentrante.

Altro tema particolarmente trattato dagli stakeholders ha riguardato la pubblicazione, nell'ambito dei documenti di gara, dei dati relativi al personale assunto per l'esecuzione del contratto in corso.

Al riguardo, sono sembrate persuasive le obiezioni manifestate da diversi stakeholders circa il rischio di "appesantimento" del processo di elaborazione dei documenti di gara, atteso che le stazioni appaltanti potrebbero non disporre dell'elenco completo dei dati.

Pertanto, in coerenza con le considerazioni che precedono e anche con la disciplina contenuta nel bando-tipo n.1/2017, al paragrafo 3.6, l'Autorità, retrocedendo dall'impostazione avallata nel documento in consultazione, ha precisato che l'indicazione dei dati relativi al personale (monte ore, livelli ecc.) è facoltativa, pur precisando che tale opzione costituisce una *best practice* ai fini dello svolgimento del procedimento selettivo. È innegabile, del resto, che la conoscenza analitica di tali elementi può riflettersi positivamente sulla consapevole formulazione dell'offerta da parte dei concorrenti. Inoltre, nelle Linee guida si è data indicazione circa l'opportunità di stabilire, nello schema contrattuale, specifiche clausole che obblighino l'appaltatore a fornire, in corso d'opera, le relative indicazioni alla stazione appaltante.

Avuto riguardo alle osservazioni formulate dagli stakeholders intervenuti, l'Autorità ha inserito nelle Linee guida ulteriori indicazioni, con particolare riguardo al tema del rapporto fra clausola sociale e disciplina del cambio d'appalto di cui all'articolo 29, comma 3 del decreto legislativo n.276/2003.

Tale disposizione esclude che, in caso di cambio d'appalto, si configuri in linea di principio un trasferimento d'azienda o di ramo d'azienda. Per l'effetto, nel paragrafo 3.4 delle Linee guida è stato precisato che, in ossequio alla norma citata, il riassorbimento del personale in conseguenza della clausola sociale non determina i presupposti per l'applicazione della disciplina di cui all'articolo 2112 c.c., salvo che si configuri una sostanziale identità aziendale fra impresa cessante e impresa entrante.

Proprio a tale riguardo, occorre ad avviso dell'Autorità considerare tuttavia la recente pronuncia della Corte di Giustizia UE C 60/17 del giorno 11 luglio 2018. In tale pronuncia, la Corte lussemburghese afferma che *"l'articolo 1, paragrafo 1, della direttiva 2001/23/CE del Consiglio, del 12 marzo 2001, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di imprese o di stabilimenti, deve essere interpretato nel senso che tale direttiva si applica a una situazione in cui un committente ha risolto il contratto di prestazione di servizi di vigilanza di impianti concluso con un'impresa e ha stipulato, ai fini dell'esecuzione di tale prestazione, un nuovo contratto con un'altra impresa che riassume, in forza di un contratto collettivo, una parte essenziale, in termini di numero e di competenze, dell'organico che la prima impresa aveva assegnato all'esecuzione di detta prestazione, a condizione che l'operazione sia accompagnata dal trasferimento di un'entità economica tra le due imprese considerate"*.

Allo scopo di tenere in considerazione i contenuti della predetta, rilevante pronuncia, da valutare obbligatoriamente in ossequio al principio di *primauté* del diritto comunitario rispetto al diritto nazionale, al paragrafo 3.4 delle Linee guida è stato precisato che, in caso di cambio di appalto relativo a contratti ad alta intensità di manodopera, laddove venga assorbita, anche in forza di clausola sociale, la maggior parte dell'organico utilizzato dall'operatore uscente in termini numerici e di competenze, si configura trasferimento d'azienda, con conseguente applicabilità, tra l'altro, dell'articolo 2112 c.c.

Con riguardo allo specifico tema delle clausole sociali, l'applicabilità dell'articolo 2112 c.c. comporta il diritto del lavoratore, e il conseguente obbligo del nuovo assunto, al mantenimento dell'inquadramento contrattuale goduto in forza del CCNL applicato dal precedente, laddove, secondo la costante giurisprudenza nazionale (v. sentenza Cassazione, 6.12.2016, n. 24972), l'articolo 29, comma

3 del decreto legislativo n. 276/2003 impedisce che, anche in caso di assorbimento in applicazione della clausola sociale in esito al cambio d'appalto, si configuri un trasferimento d'azienda.

Secondo la posizione espressa dalla Corte di Cassazione nella predetta pronuncia, in particolare, la sussistenza della fattispecie traslativa presuppone il coevo trasferimento *“di non trascurabili strutture materiali organizzate o, almeno, di know how e/o di altri caratteri idonei a conferire autonoma capacità operativa a maestranze stabilmente coordinate e organizzate tra loro”*. Peraltro, ad avviso della Suprema Corte tale assunto, corroborato dalla normativa nazionale sopra citata, è compatibile con il diritto eurounitario e, nello specifico, con la direttiva 2001/23/CE in tema di trasferimenti d'azienda e tutele delle maestranze, oltre che con i precedenti arresti della giurisprudenza comunitaria (v. sentenza CGUE 6 marzo 2014, C-458/12, Amatori e altri).

Ora, invece, secondo la più recente pronuncia della Corte lussemburghese, negli appalti ad alta intensità di manodopera - laddove venga assorbita la prevalente forza-lavoro, sia in termini di numero che competenze, e ciò anche per obbligo in forza di clausola sociale e non per scelta discrezionale dell'imprenditore subentrante - si verifica un sostanziale passaggio di *“entità economiche”* fra soggetto cessante e soggetto subentrante, anche in assenza di legame contrattuale diretto, situazione equiparabile a quella che si avrebbe in caso di contemporaneo trasferimento di rilevanti beni o know-how aziendali, ossia in esito ad un vero e proprio trasferimento d'azienda o di ramo d'azienda (si veda, in particolare il considerando n. 34 della sentenza CGUE C 60/17).

3. Il rapporto con i contratti collettivi

L'analisi del tema delle clausole sociali non può prescindere dal confronto con la disciplina recata dai contratti collettivi nazionali di lavoro.

D'altra parte, si osserva che, fino all'introduzione dell'articolo 50 novellato del Codice dei contratti pubblici, la tutela della stabilità occupazionale del personale era affidata unicamente all'iniziativa autonoma delle stazioni appaltanti o, in particolar modo, ai contratti collettivi.

Nel documento in consultazione, a titolo meramente indicativo e non esaustivo, sono stati richiamati:

- pulizie/servizi integrati/multiservizi (articolo 4);
- turismo, ristorazione e mense aziendali (articolo 332 e seguenti);
- vigilanza privata e servizi fiduciari (articolo 24 e seguenti).

Gli stakeholders intervenuti hanno inoltre segnalato gli ulteriori seguenti, di cui si dà contezza nella presente Relazione:

- cooperative sociali (art.37);
- igiene ambientale imprese private (art.6);
- igiene ambientale imprese pubbliche (art.6);
- attività ferroviarie (art.16-bis);
- servizi postali in appalto (art.7);
- lavanderie industriali.

Nel corso della consultazione è emersa l'opportunità, palesata da più soggetti, che nel redigendo atto regolatorio l'Autorità prenda posizione sul tema del contratto collettivo applicabile, in presenza di più contratti collettivi astrattamente applicabili.

La questione ha in effetti un notevole rilievo, e si salda con il tema relativo al corretto inquadramento del contratto collettivo applicabile, alla luce delle disposizioni recate dallo stesso articolo 50, ma anche dall'articolo 30, comma 4, circa l'applicazione del contratto cd. leader, ossia sottoscritto dalle

associazioni comparativamente più rappresentative sul piano nazionale. Ulteriormente, uno stakeholder ha richiesto di precisare se occorre considerare non solo la disciplina recata dai contratti collettivi nazionali, ma anche di quelli aziendali.

La questione del contratto collettivo applicabile, sebbene avente portata generale e non legata di per sé (esclusivamente) al tema delle clausole sociali, nella giurisprudenza e nella dottrina è stata sovente oggetto di trattazione proprio con riguardo all'istituto della clausola sociale. Peraltro, occorre considerare che l'articolo 50 del Codice richiama espressamente la previsione recata dall'articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, circa i contratti collettivi, nazionali e aziendali, sottoscritti dalle associazioni comparativamente più rappresentative in ambito nazionale.

In argomento, taluni hanno manifestato adesione alla tesi della libertà, per l'impresa subentrante, di utilizzare il CCNL meglio confacente alla propria realtà organizzativa e aziendale, senza che la stazione appaltante possa imporre uno specifico contratto.

Altri hanno ritenuto che, in forza del combinato disposto di cui agli articoli 50 e 30, comma 4 del Codice, si imponga l'applicazione del contratto cd. leader, così da assicurare a tutti i dipendenti utilizzati nell'esecuzione dei contratti pubblici il rispetto di standards adeguati.

Altri ancora hanno optato per la tesi della prevalenza del contratto utilizzato dall'impresa uscente, così da rendere sostanzialmente omogenee le condizioni contrattuali rispetto al contratto cessato e, di riflesso, le tutele per i lavoratori.

Nel documento di consultazione è stato fatto inoltre cenno alla questione se, nei casi in cui i CCNL prevedono specifici obblighi di riassorbimento, le stazioni appaltanti possano derogarvi (ad esempio, nel sotto soglia, dove l'articolo 36, comma 1, indica la previsione delle clausole sociali in termini di mera possibilità).

Nel documento di consultazione, si è aderito all'orientamento per cui, stante il potere rappresentativo conferito alle associazioni datoriali firmatarie, le imprese tenute all'applicazione del CCNL devono osservare la prescrizione relativa all'assorbimento del personale uscente, anche a prescindere dalla previsione *ad hoc* che la stazione appaltante inserisca nella *lex specialis*.

In sostanza, l'applicazione delle clausole sociali deve in ogni caso avvenire in armonia con la disciplina recata dalle disposizioni contenute nei contratti collettivi di settore.

Opzione scelta

Nel corso della consultazione diversi stakeholders hanno sottolineato l'opportunità che l'Autorità faccia chiarezza sulla tematica della corretta individuazione del CCNL applicabile. Non è infrequente, infatti, che in taluni settori professionali siano diversi i contratti applicabili e ciò, inevitabilmente, ingenera criticità nei procedimenti selettivi, nella fase della redazione degli atti di gara a cura della stazione appaltante, nel procedimento selettivo (es. verifica di anomalia e rispetto degli standards retributivi e contributivi applicati alla manodopera) e anche nell'esecuzione contrattuale. Sebbene, in effetti, la tematica in questione abbia una portata generale nell'ambito della disciplina giuslavoristica, i principali conflitti in seno alla giurisprudenza amministrativa si sono registrati proprio in relazione alle clausole di riassorbimento.

L'Autorità ritiene opportuno raccogliere l'invito formulato dagli stakeholders.

In argomento, giova rilevare che il Codice, tanto con l'articolo 50 (in tema di clausole sociali, che richiama l'articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81), che con l'articolo 30, comma 4 (contratto collettivo applicabile ai lavoratori impiegati nell'esecuzione degli appalti e delle concessioni)

prevede l'applicazione dei contratti collettivi cd. leader, ossia sottoscritti dalle associazioni più rappresentative sul piano nazionale.

Inoltre, l'articolo 30, comma 4 delimita ulteriormente il campo di azione della fonte collettiva, statuendo che i CCNL devono essere strettamente connessi con l'attività (anche prevalente) dedotta nel contratto di appalto (o concessione).

Secondo l'indirizzo esplicitato dal Ministero del Lavoro (v. circolare della Direzione Generale per l'Attività Ispettiva prot. 14475 del 26 luglio 2016), l'articolo 30, comma 4 avrebbe inequivocabilmente imposto, negli affidamenti pubblici, il ricorso al contratto cd. leader. Tale assunto riverbera i suoi effetti non solo sulla disciplina strettamente giuslavoristica (ad es. per la concessione dei benefici contributivi stabiliti dalla legge), ma estende per così dire il raggio d'azione a tutto tondo nella disciplina dei contratti pubblici, dalla determinazione preventiva del costo del lavoro per la stazione appaltante alla disciplina dell'esecuzione contrattuale.

Si è osservato, peraltro, che tale disposizione riproduce il contenuto di cui all'articolo 4, comma 1 del decreto del Presidente della Repubblica n. 207/2010 (regolamento di attuazione del decreto legislativo n. 163/2006), senza pertanto innovare nella sostanza i principi previsti nell'ordinamento di settore.

Tale orientamento è stato esplicitamente sostenuto dal Consiglio di Stato, sez. III, nella sentenza n. 1574 del 12 marzo 2018, secondo cui il Codice del 2016, introducendo nei principi generali, all'articolo 30, comma 4, il riferimento ai CCNL sottoscritti dalle associazioni più rappresentative, avrebbe introdotto il principio dell'efficacia *erga omnes* dei CCNL leader, allo scopo di tutelare più efficacemente le maestranze utilizzate nell'ambito dei contratti pubblici e, di riflesso, la logica della concorrenza negli affidamenti, imponendo in sostanza parità di condizioni per gli operatori economici. La tematica, evidentemente, è replicabile *in toto* per le clausole sociali, visto che l'articolo 50 prevede una disposizione di analogo tenore.

La conclusione non è di poco conto, dal momento che, secondo l'opinione tradizionalmente accolta in giurisprudenza (v. sul punto, la recente sentenza del Consiglio di Giustizia Amministrativa n. 368 del 25 giugno 2018, ma anche la sentenza del Consiglio di Stato n. 932 del 1 marzo 2017, su fattispecie ante codice del 2016), rientra nelle prerogative dell'imprenditore la scelta del contratto collettivo da applicare, fatta in ogni caso salva la coerenza con l'oggetto (prevalente) dell'attività affidata dalla stazione appaltante, limite previsto espressamente anche dall'odierno articolo 30, comma 4 del Codice. Tale opinione è anche tradizionalmente accolta dalla dottrina e dalla Cassazione, a partire dalla nota sentenza delle Sezioni Unite n. 2665 del 26 marzo 1997, che ha codificato il principio per cui dalla libertà sindacale, costituzionalmente garantita, deriva "*l'impossibilità di applicare un contratto collettivo di diritto privato, vale a dire non imposto erga omnes, a persone che non vi abbiano direttamente o indirettamente aderito*".

Ad avviso dell'Autorità, sono sostenibili due tesi:

- 1) il combinato disposto di cui agli articoli 30, comma 4 e 50 del Codice avrebbe una reale portata tassativa e innovativa dell'ordinamento, talché è doverosa (anche in tema di clausole sociali) l'applicazione del CCNL leader, a condizione che lo stesso sia pertinente rispetto all'attività oggetto dell'appalto o della concessione. Solo in mancanza del CCNL leader applicabile, ovvero in presenza di più contratti qualificabili come tali, si potrebbe ragionevolmente riespandere il potere di scelta dell'appaltatore, nei limiti dell'inerenza rispetto all'attività dell'appalto (o concessione). Tale tesi può essere motivata sulla base di una duplice esigenza: garantire in modo assoluto il rispetto degli standards di protezione alle maestranze e quindi contrastare il fenomeno talvolta definito di "dumping contrattuale" (sottoscrizione di accordi collettivi "al ribasso" per i lavoratori); rendere omogenee le condizioni di trattamento dei lavoratori da parte degli operatori economici nei procedimenti di selezione del contraente, allo scopo di tutelare più efficacemente la concorrenza evitando ribassi eccessivi fondati unicamente sulla dequotazione delle tutele per le maestranze;
- 2) le disposizioni sopra citate non impongono ex sé l'applicazione di un determinato CCNL, ma soltanto l'applicazione del contratto leader, quale standard minimo di tutela da garantire al

lavoratore. In altri termini, si potrebbe opinare nel senso che - con specifico riguardo al tema delle clausole sociali - l'appaltatore entrante sarebbe tenuto ad applicare la clausola sociale prevista dal contratto cd. leader, solo se più favorevole, per i lavoratori, rispetto a quella contemplata dal CCNL applicato per scelta imprenditoriale, fatta sempre salva l'attinenza alle prestazioni appaltate. Tale approccio non comprometterebbe il principio della libera scelta del CCNL applicabile e in definitiva assicurerebbe al lavoratore, in tema di clausole sociali, la tutela più favorevole, garantita dal CCNL applicato dall'imprenditore, ovvero dal contratto leader ovvero, in assenza, dalla stazione appaltante, per obbligo ex art.50 Codice o per scelta discrezionale nei restanti casi.

All'Autorità pare convincente la seconda opzione interpretativa, tesa a individuare la portata degli articoli 30, co.4 e 50 in termini di standard di protezione minima da garantire al lavoratore. Così concepita, il contratto cd. leader non si impone *tout court* all'impresa concorrente, ma si assicura al lavoratore lo standard, rappresentato per l'appunto dal contratto leader. D'altra parte, sarebbe paradossale impedire all'appaltatore di applicare un CCNL più favorevole al lavoratore rispetto al contratto leader.

Tale approccio sembra più in linea anche con gli orientamenti della Corte Costituzionale, palesati, in una fattispecie di analogo tenore, in particolare con la sentenza n. 51/2015. In tale arresto, il Giudice delle Leggi, nel valutare positivamente la compatibilità costituzionale dell'articolo 7, comma 4 del decreto legge n. 248/2007 nella parte in cui obbligava ad assicurare trattamenti economici al socio lavoratore delle cooperative non inferiori a quelli previsti dai contratti sottoscritti dalle associazioni più rappresentative, si esprime nel senso della piena legittimità, ex articolo 36 Cost., della disposizione, atteso che la stessa *“lungi dall'assegnare ai predetti contratti collettivi, stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative, efficacia erga omnes, in contrasto con quanto statuito dall'articolo 39 Cost., mediante un recepimento normativo degli stessi, richiama i predetti contratti, e più precisamente i trattamenti economici complessivi minimi ivi previsti, quale parametro esterno di commisurazione”* (paragrafo 5.3 della citata sentenza).

La tesi opposta, sebbene più aderente al tenore letterale della disposizione, potrebbe comportare problematiche di compatibilità costituzionale, in quanto determina la sostanziale efficacia *erga omnes* dei contratti collettivi, con possibile violazione dei presupposti stabiliti dall'articolo 39, 4 comma, secondo periodo Cost..

Peraltro, volendo analizzare il contenuto della legge delega sull'argomento (articolo 1, comma 1, combinato disposto delle lettere fff e ggg della legge n. 11/2016), si osserva che:

- secondo la lettera fff (appalti di servizi), occorre prevedere *“l'introduzione di «clausole sociali» volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato, prendendo a riferimento, per ciascun comparto merceologico o di attività, il contratto collettivo nazionale di lavoro che presenta le migliori condizioni per i lavoratori”*;
- secondo la lettera ggg (appalti di servizi e lavori), occorre prevedere *“clausole sociali volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato e stabilisca che i contratti collettivi nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni devono intendersi quelli stipulati dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e quelli il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto e svolta dall'impresa, anche in maniera prevalente”*.

Dal combinato disposto delle due disposizioni, si potrebbe argomentare, a sostegno della tesi esposta, che il legislatore delegante ha inteso considerare i contratti cd. leader come “riferimenti” per la migliore tutela dei prestatori di lavoro.

Non pare viceversa sostenibile, per difetto di riferimento normativo, la tesi secondo la quale dovrebbe essere applicato il CCNL applicato dall'assuntore uscente.

In coerenza con le considerazioni che precedono, le Linee guida, al paragrafo 4.1, sono state inserite le seguenti previsioni:

- le stazioni appaltanti tengono conto della disciplina recata dai contratti collettivi applicabili in ragione dell'attività prevalente oggetto del contratto di appalto o concessione;
- l'operatore subentrante è tenuto ad assicurare il rispetto della clausola sociale prevista dal CCNL cd. leader, ossia di quello sottoscritto dalle associazioni comparativamente più rappresentative sul piano nazionale ai sensi dell'articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81, nonché di quanto stabilito dall'articolo 30, comma 4, del Codice dei contratti pubblici;
- l'operatore subentrante è comunque libero di scegliere il CCNL da applicare, fermo quanto sopra, ossia la pertinenza rispetto all'attività contrattualizzata con la stazione appaltante e la necessità di rispettare, se più favorevoli, le disposizioni sulla clausola sociale recate dal CCNL cd. leader, che in tal modo diventano uno standard di protezione sociale.

Altro tema trattato nella consultazione ha ad oggetto il rapporto fra *lex specialis* e fonte collettiva.

Si potrebbe verificare, ad esempio negli affidamenti sotto soglia, dove la clausola sociale è facoltativa per le stazioni appaltanti, che il bando non preveda la clausola e che al contrario il CCNL applicabile la contempli.

Sul punto l'Autorità condivide il punto di vista manifestato da diversi stakeholders, nel senso che - nell'ipotesi ora contemplata - la clausola sociale è comunque obbligatoria se prevista nel CCNL applicato. E, inoltre, anche laddove il bando prevedesse la clausola, la stessa non potrebbe prevedere disposizioni in contrasto con quelle del CCNL applicabile.

Nelle Linee guida, al paragrafo 4.2, in linea di continuità con l'orientamento assunto nel documento posto in consultazione, si prevede che gli operatori economici applicano le disposizioni del CCNL sulla clausola sociale, anche in caso di mancato richiamo operato dalla stazione appaltante nella *lex specialis*. Per maggiore chiarezza, si è aggiunta la precisazione che tale circostanza si può verificare, ad esempio, negli affidamenti sotto soglia, o in quelli non ad alta intensità di manodopera (atteso che la stazione appaltante può, legittimamente, non optare per l'apposizione della clausola nel bando di gara).

4. Conseguenze del mancato adempimento

Nel documento posto in consultazione si è ritenuto di affrontare la tematica delle conseguenze derivanti dal mancato adempimento all'obbligo di riassorbimento, stabilito per obbligo di legge o di previsione recata dal CCNL, valutando separatamente l'ipotesi di rifiuto in gara di accettazione della clausola contenuta nella *lex specialis* da quella in cui l'affidatario non adempia all'obbligo contrattualmente sancito.

Posto che l'inadempimento degli obblighi in parola rappresenta, senza dubbio, una violazione dei doveri che incombono sull'impresa subentrante, la questione si lega, inscindibilmente, alla valutazione circa la natura giuridica della clausola sociale.

Nel documento posto in consultazione si è espresso avviso che la prima ipotesi (mancata accettazione della clausola sociale) costituisca, nella sostanza, manifestazione della volontà di proporre un'offerta condizionata, come tale inammissibile nelle gare pubbliche e causa di esclusione dalla selezione (sul tema dell'offerta condizionata, v. sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, n. 1320 del 23 marzo 2017).

Si è pertanto affermato che, qualora la stazione appaltante accertasse in gara, se del caso attraverso il meccanismo del soccorso istruttorio, che l'impresa concorrente rifiuta, senza giustificato motivo, di accettare la clausola, si impone l'esclusione dalla gara, laddove l'accertamento compiuto consenta di ritenere che l'operatore economico intenda rifiutare *sic et simpliciter* l'applicazione della clausola,

legittimamente prevista. L'esclusione, viceversa, non appare fondata nell'ipotesi in cui, stante la pur legittima previsione della clausola, l'operatore economico manifesti il proposito di applicarla nei limiti di compatibilità con la propria organizzazione d'impresa, secondo i termini evidenziati al paragrafo 2 (si veda la sentenza del Consiglio di Stato n. 272 del 17 gennaio 2018).

Non sono inoltre trascurabili gli effetti della clausola sociale nel procedimento di verifica della congruità del costo del lavoro (articolo 95, comma 10, del Codice dei contratti pubblici), anche a prescindere dal riscontro di un'offerta anormalmente bassa, in quanto il mancato assorbimento del personale uscente potrebbe fare emergere l'incongruità del costo del lavoro dichiarato in gara. Anche in tale ipotesi, si imporrebbe l'esclusione dalla gara.

Secondo quanto esposto nel documento in consultazione, laddove, viceversa, l'impresa affidataria non ottemperi, in seguito alla stipula del contratto, all'impegno assunto in sede di gara e confermato contrattualmente, sono sostenibili, in astratto, due tesi:

- la clausola sociale costituisce una condizione di esecuzione del contratto, rilevante solo durante il rapporto contrattuale. L'inadempimento, pertanto, resta confinato nell'ambito della responsabilità contrattuale, talché (unicamente) la stazione appaltante è legittimata ad avvalersi dei rimedi di matrice civilistica, previsti dal contratto, ad esempio, clausola risolutiva espressa, penali, e dalla legge (si veda l'articolo 108 del Codice dei contratti pubblici). Tale configurazione comporta che la violazione commessa dall'appaltatore non rileva ai fini dell'aggiudicazione, che pertanto resta insensibile alle vicende *de quibus*. È questa la tesi avallata dalla giurisprudenza amministrativa attuale (si veda la sentenza del Tar Campania n. 848 del 13 febbraio 2017) e, anche in recenti pareri di precontenzioso (si veda la delibera n. 959 del 23 settembre 2016), dall'Autorità. Tale interpretazione sembra inoltre trovare avallo nell'articolo 100, primo comma, ultimo periodo del Codice dei contratti pubblici, che, disciplinando i requisiti stabiliti dalla stazione appaltante per l'esecuzione del contratto (non, quindi, per la partecipazione alla procedura selettiva), prevede la possibilità di introdurre particolari condizioni di esecuzione, attinenti ad "*esigenze sociali e ambientali*";
- si potrebbe sostenere che il mancato assorbimento del personale, in particolar modo laddove sia totale, o comunque generalizzato, palesi la sostanziale volontà di non accettazione della clausola. In tale ottica interpretativa, la violazione della clausola riverbererebbe i propri effetti sull'aggiudicazione, viziandola, e legittimando peraltro anche i concorrenti all'impugnazione.

Nel documento posto in consultazione si è ritenuta preferibile la prima opzione interpretativa, in linea di continuità con gli orientamenti prevalenti in giurisprudenza e con quelli assunti dall'Autorità in recenti pronunce, atti a ricostruire la clausola sociale quale condizione di esecuzione, il cui inadempimento riverbera i propri effetti nell'ambito delle parti del rapporto contrattuale senza retrocedere fino al procedimento selettivo. Anche il tenore dell'articolo 100 del Codice dei contratti pubblici appare in linea con il predetto assunto.

Gli stakeholders intervenuti hanno in larga prevalenza manifestato sostegno all'approccio palesato dall'Autorità nel documento di consultazione, teso a prospettare un trattamento differenziato sulla base della dicotomia fra mancato impegno al riassorbimento/ mancata ottemperanza nella fase contrattuale.

Nel dibattito scaturito in esito alla consultazione non sono mancate voci dissenzienti, per opposte ragioni:

- da un lato, vi è chi ha sottolineato come relegare il mancato assorbimento del personale all'ambito dell'autotutela contrattuale della stazione appaltante comporta un serio deficit di tutela effettiva per i lavoratori; in tal senso, si auspica invece adesione alla tesi che rinviene nelle

clausole sociali un obbligo suscettibile di condurre all'espulsione dalla gara, in quanto elemento sostanziale che indice sulle condizioni dell'offerta e, soprattutto, sulla *par condicio*;

- da un altro, è stato osservato che la fattispecie espulsiva si potrebbe configurare solo laddove l'operatore economico concorrente manifesti espressamente il diniego *tout court* di accettare la clausola. In tale ottica interpretativa si evidenziano le potenziali difficoltà a distinguere fra mancata accettazione e mancato adempimento, soprattutto in relazione all'ipotesi, delineata nel documento posto in consultazione, in cui, nel subprocedimento di verifica dell'anomalia o comunque in sede di analisi del costo del lavoro, emerge la scelta dell'operatore economico entrante di non assorbire il personale presente nell'appalto senza adeguata giustificazione. Secondo tale approccio, ferma la distinzione concettuale fra mancato impegno e mancato adempimento, l'accertamento, in una fase antecedente alla stipula del contratto, circa la reale volontà dell'impresa concorrente potrebbe comportare rallentamenti nella procedura di aggiudicazione della gara.

Inoltre, alcuni stakeholders, pure condividendo l'impianto concettuale sopra descritto, hanno messo in evidenza la necessità di chiarire il richiamo, contenuto nello schema in consultazione, all'articolo 108 del Codice, disciplinante la risoluzione del contratto, in quanto:

- tale norma non sembra coprire l'ipotesi del mancato assorbimento del personale;
- (secondo taluno) il mancato adempimento non appare riconducibile al "grave inadempimento contrattuale", di cui all'articolo 108, comma 3 del Codice, non comportando di per sé un deficit alla buona resa prestazionale, talché (come peraltro suggerito nel documento in consultazione) la stazione appaltante ha l'onere di prevedere specifiche clausole risolutive espresse.

Si evidenzia peraltro che uno stakeholder ha proposto, in tema di adempimento all'obbligo sancito dall'articolo 50 del Codice, di disciplinare anche gli effetti derivanti dalla mancata previsione nei documenti di gara a cura della stazione appaltante precedente.

Opzione scelta

Il tema delle conseguenze derivanti dalla mancata ottemperanza alla clausola rappresenta bene la duplice valenza della clausola: da un lato, prescrizione significativa nell'ambito del procedimento selettivo, tale da influenzare sia la stazione appaltante nella predisposizione degli atti di gara sia i concorrenti nella formulazione delle offerte; da un altro, importante vincolo contrattuale per l'appaltatore, denso di ricadute per la buona esecuzione del contratto e per le tutele apprestate nei confronti dei lavoratori alle dipendenze del soggetto cessante.

L'opinione maggioritaria in giurisprudenza considera la clausola sociale in termini di condizione di esecuzione (oltre alle sentenze sopra citate, Tar Reggio Calabria, n. 209 del 15 marzo 2017).

La ragione di fondo è riconducibile all'assunto secondo cui detta clausola, non potendo comportare un obbligo incondizionato di riassorbimento del personale, non può costituire un fattore preclusivo alla partecipazione alla gara da parte dell'impresa concorrente. È, semmai, come detto, un obbligo tendenziale di ricollocazione del personale dell'impresa uscente e, in quanto tale, non può che trovare campo nell'ambito, e nella fase, dell'esecuzione contrattuale.

Ad avviso dell'Autorità, non paiono sussistere valide ragioni per discostarsi dall'orientamento tradizionale, peraltro avallato nel documento in consultazione. D'altra parte, opinando in senso contrario, si dovrebbe reputare che l'obbligo di riassorbimento operi in modo incondizionato (ma si è visto che così non è), ovvero che la clausola abbia valenza di condizione di ammissione alla procedura solo per i concorrenti che abbiano prescelto un'organizzazione aziendale conforme a quella utilizzata dall'assuntore uscente, con inevitabili difficoltà pratiche a distinguere nel corso del procedimento selettivo. Appare dunque più corretto, e coerente con il funzionamento della clausola, argomentarne la

natura di condizione di esecuzione, la cui verifica si impone, in linea di principio, in concreto a cura della stazione appaltante contraente.

Ciò posto, non può escludersi una qualche interferenza della clausola nella fase propedeutica all'aggiudicazione. Si fa riferimento, in primo luogo, all'ipotesi (di scuola) in cui il concorrente rifiuti in gara *sic et simpliciter* l'accettazione della clausola. In tale ipotesi, non pare potersi disconoscere che siamo in presenza di una vera e propria offerta condizionata, in quanto diretta a formulare una controproposta contrattuale in termini diversi rispetto a quelli prospettati dalla stazione appaltante, da sanzionare con l'esclusione dalla gara ai sensi dell'articolo 94, comma 1, lettera a) del Codice dei contratti pubblici. Nel documento di consultazione si è ipotizzata un'ulteriore casistica di esclusione, allo stesso titolo, allorché - pure in mancanza di un rifiuto esplicito - la stazione appaltante (ad esempio nella fase della verifica dell'offerta anomala ovvero in quella obbligatoria sulla congruità dei costi di manodopera) dovesse constatare l'incongruità dell'offerta e/o della manodopera e il mancato rispetto della clausola, in difetto di idonee giustificazioni.

Sullo specifico punto, qualche stakeholders, pur condividendo astrattamente l'impostazione palesata dall'Autorità, ha messo in evidenza la criticità derivante dalla difficoltà di tale accertamento nel corso del procedimento selettivo. Sarebbe preferibile - ad avviso di questi ultimi - per esigenze di certezza giuridica rinunciare *in toto* a sostenere che la clausola sociale possa, in limitati casi, avere riflessi sull'aggiudicazione e restare nell'argomentazione, di fondo più lineare, secondo cui la clausola quale condizione di esecuzione "entra in gioco" solo durante il contratto e, quindi, solo *inter partes*.

Ad avviso dell'Autorità, non sembra possibile evitare che la clausola riverberi i suoi effetti anche nella fase pubblicitica dell'affidamento, come una qualsivoglia clausola, predisposta unilateralmente dalla stazione appaltante, i cui effetti possano *naturaliter* manifestare la "credibilità" dell'offerta, che la stazione appaltante, con la discrezionalità (tecnica) di cui dispone è chiamata in caso a verificare.

Nello schema di Linee guida, al paragrafo 5, l'Autorità, confermando la disciplina proposta nel documento in consultazione, ha pertanto tenuto distinte le due fattispecie, prevedendo (paragrafo 5.5) che la mancata ottemperanza alla clausola rileva solo nell'ambito del contratto, con l'eccezione delle ipotesi, sopra cennate, in cui sia accertata in gara, anche a seguito di chiarimenti istruttori, la volontà radicale di rifiuto della clausola (paragrafi 5.2 e 5.3).

Delimitare in linea generale l'efficacia della clausola nell'ambito dei poteri di autotutela contrattuale non riduce di per sé le tutele per i lavoratori interessati all'assorbimento, giacché è un preciso dovere della stazione appaltante contraente verificare che all'impegno assunto da parte dell'appaltatore corrisponda il riassorbimento effettivo, nei termini in cui ciò può essere imposto.

Alcuni stakeholders hanno revocato in dubbio che l'inottemperanza in parola costituisca un "grave inadempimento alle obbligazioni contrattuali, tale da comprometterne la buona riuscita", così da condurre potenzialmente alla risoluzione ex articolo 108, comma 3 del Codice (come nel documento posto in consultazione implicitamente si ventilava). È stato evidenziato, infatti, che il mancato riassorbimento, quand'anche costituisca una violazione grave delle obbligazioni contrattualmente dedotte, di regola non comporta (o non dovrebbe comportare) la messa in pericolo del buon esito del contratto.

L'osservazione degli stakeholders appare pertinente, nel senso che, stante il tenore letterale dell'articolo 108, comma 3, la risoluzione richiede un *quid pluris* rispetto alla mera "grave violazione" del programma contrattuale, ossia l'idoneità della stessa a comportare il rischio, da accertare con valutazione in concreto ex ante, della carente esecuzione degli obblighi assunti.

Al paragrafo 5.5 delle Linee guida è stato inserito un ulteriore periodo, in merito alla previsione, nell'articolato contrattuale, di specifiche sanzioni contrattuali (es. clausole risolutive espresse/penali) da azionare nel caso di riscontrate violazioni. Coerentemente, rispetto al testo posto in consultazione è stato espunto il riferimento all'articolo 108 del Codice dei contratti pubblici, fermo restando che, anche in assenza di specifica sanzione contrattuale, è ipotizzabile la risoluzione per grave inadempimento ex articolo 108, comma 3 laddove la stazione appaltante possa fornire dimostrazione del fatto che il

mancato riassorbimento del personale ha messo a rischio la buona esecuzione (ad esempio, per mancanza di personale adeguato).

Come spiegato nel paragrafo precedente, alcuni stakeholders hanno evidenziato l'opportunità che l'atto regolatorio disciplini altresì le conseguenze del mancato recepimento, a cura della stazione appaltante, dell'obbligo di previsione in gara della clausola sociale.

Laddove infatti l'articolo 50 del Codice statuisca l'obbligo di inserimento (ma si potrebbe ipotizzare anche in caso di previsione a cura del CCNL), quid se il bando non la preveda?

L'Autorità, confermando l'indirizzo adottato in occasione della consultazione, non reputa opportuno fornire indicazioni specifiche nell'atto regolatorio, in quanto trattasi di valutazioni su un atto amministrativo viziato, rimesse per definizione allo scrutinio, caso per caso, dell'Autorità Giurisdizionale.

Peraltro, secondo quanto di recente affermato dal Consiglio di Stato (sez. V, sentenza n. 4040 del 2 luglio 2018) le violazioni dell'articolo 50, quand'anche fossero in contrasto con il diritto eurounitario, non comportano la nullità del bando, ma la mera illegittimità, da fare valere nei modi e negli ordinari termini impugnatori. Si tratta di un orientamento in linea di continuità con i precedenti arresti della giurisprudenza amministrativa, tesi a ricondurre nell'alveo della nullità esclusivamente le ipotesi tassative di cui all'articolo 21-*septies* della legge n. 241/90, a nulla rilevando il carattere "eurounitario" della violazione.

5. Le clausole sociali diverse dal riassorbimento del personale

Il Codice dei contratti pubblici, recependo le indicazioni delle Direttive UE, consente alle stazioni appaltanti di tenere in considerazione anche ulteriori fattori, di rilevanza sociale ed ambientale. E ciò, non solo ai fini di prevedere ulteriori requisiti o condizioni di esecuzione, ai sensi dell'articolo 100 del Codice dei contratti pubblici, ma anche ai fini dell'individuazione dei criteri di aggiudicazione, laddove venga utilizzato il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo (articolo 95, comma 69) o si faccia ricorso ai "costi del ciclo di vita" (articolo 96, comma 1, lettera b).

Si tratta di clausole di tenore facoltativo rispetto a quelle tese al riassorbimento del personale, come detto obbligatorie al ricorrere delle condizioni stabilite dal Codice.

Nel documento posto in consultazione sono state considerate, a titolo meramente esemplificativo (si veda il bando tipo ANAC n. 1/2017, paragrafo 24 della nota illustrativa):

- contenimento dei consumi energetici;
- adozione di misure di sicurezza dei lavoratori, ulteriori rispetto a quelle previste dal decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81;
- riduzione delle emissioni inquinanti;
- inserimento di lavoratori svantaggiati (es. disoccupati di lunga durata/personone con disabilità) in quantità superiore allo standard previsto dalla legislazione sociale nazionale.

Si è rilevato, peraltro, che, in tutte le ipotesi in cui le stazioni appaltanti tengono in considerazione elementi di natura sociale/ambientale, pertinenti all'oggetto dell'affidamento, le stesse devono comunque procedere nel rispetto dei principi generali sanciti dall'articolo 30 del Codice dei contratti pubblici, con particolare riguardo a: economicità, non discriminazione e proporzionalità.

Nella predisposizione dei bandi di gara, le stazioni appaltanti devono procedere in modo equilibrato, avendo cura di:

- non introdurre specifiche che potrebbero determinare effetti anticoncorrenziali o incompatibili con la libera iniziativa economica (ad esempio, prevedendo condizioni di esecuzione troppo restrittive, che possono essere soddisfatte solo da pochi operatori economici, e che pertanto sarebbero incompatibili con il gioco competitivo);
- non attribuire, in sede di valutazione dell'OEPV, un peso ponderale sproporzionato alle clausole in questione, salvo che non sia giustificato in relazione all'oggetto della commessa e all'utilità per la stazione appaltante, anche allo scopo di assicurare comunque l'economicità dell'affidamento.

Gli stakeholders hanno mostrato sostanziale condivisione delle valutazioni dell'Autorità.

Opzione scelta

Attesa la generale condivisione dell'impostazione contenuta nello schema posto in consultazione, l'Autorità ha reputato opportuno confermare l'articolato già proposto al paragrafo 6.

Nel richiamare pertanto le osservazioni sopra formulate, e in particolare il rispetto dei principi generali codificati dal Codice dei contratti pubblici, si evidenzia che le clausole sociali diverse dal riassorbimento costituiscono terreno privilegiato per l'esercizio della discrezionalità delle stazioni appaltanti e, per l'effetto, anche in omaggio alla regola del divieto di *gold plating*, si reputa opportuno limitare le indicazioni dell'Autorità al richiamo di detti principi.