



*Autorità Nazionale Anticorruzione*

*Presidente*

## **DELIBERA N. 347 DEL 5 aprile 2018**

Oggetto: Istanza di parere di precontenzioso ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016 presentata dalla Kgb Security s.r.l. – Servizio di portierato presso la sede dell’Istituto per ciechi di Ardizzone Gioeni per la durata di anni uno – CIG: 69877390A5 - Importo a base d’asta: 70.080,00 euro – S.A.: Istituto per ciechi Ardizzone Gioeni.

### **PREC 63/18/S**

#### **Il Consiglio**

VISTA l’istanza di parere prot. n. 64080 dell’8 maggio 2017 presentata dalla Kgb Security s.r.l., relativamente alla gara in epigrafe, con la quale si contestava il provvedimento di revoca della avvenuta consegna del servizio per ragioni di urgenza alla società stessa, aggiudicataria del servizio, nelle more delle verifiche di legge e di gara, che la stazione appaltante aveva adottato per presunto mancato adempimento della clausola sociale stabilita dall’articolo 20 del capitolato di gara e la non conformità alle disposizioni del capitolato di gara della condizione contrattuale prevista dall’articolo 15 della bozza di contratto predisposta dalla stazione appaltante;

VISTA, in particolare, la documentazione di gara e quanto disposto dall’articolo 20 del capitolato d’appalto, secondo cui *«la ditta aggiudicataria alla presente gara si impegna, ove possibile, al rispetto delle norme contrattuali vigenti in materia di salvaguardia dell’occupazione conseguenti a cambi di stagione. La ditta aggiudicataria dovrà prevedere l’assunzione dell’occupazione conseguenti a cambi di gestione. La ditta aggiudicataria dovrà prevedere l’assunzione di tutto il personale addetto in carico all’attuale ditta appaltatrice ed iscritto sui libri paga da almeno tre mesi con esclusione del seguente personale: con incarichi di direzione esecutiva, con incarichi di coordinamento e controllo. Tutto il restante personale dovrà transitare alle dipendenze della nuova ditta appaltatrice conservando, come condizione minima, le medesime condizioni salariali e di impiego già usufruite. Per quanto non previsto nel presente articolo, vale quanto riportato nel CCNL»* e quanto previsto dall’articolo 15 della bozza di contratto, secondo cui *«la ditta provvederà, in integrale rispetto dell’articolo 20 del capitolato speciale d’appalto di cui alla procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara per l’affidamento del servizio di portierato presso la sede dell’ente, a svolgere detto servizio per n. 96 ore settimanali, utilizzando prioritariamente, ad integrale copertura del monte orario, le n. 3 unità di personale precedentemente impiegato dalla ditta precedente affidataria del servizio e di cui alla comunicazione della ditta uscente datata 28 febbraio 2017, contenente l’elenco del personale addetto al*



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

*servizio di portineria [...] In ipotesi di mancata assunzione delle dette 3 unità lavorative da parte della ditta entro e non oltre giorni 10 dalla sottoscrizione del presente contratto, l'affidamento sarà revocato per inosservanza del preciso obbligo cui la ditta si è impegnata in sede di partecipazione alla procedura negoziata per l'affidamento del servizio di portierato»;*

VISTO l'avvio del procedimento avvenuto in data 14 febbraio 2018;

VISTA la documentazione in atti e le memorie depositate dalle parti;

VISTO, nello specifico, quanto rappresentato dalla stazione appaltante relativamente alla vicenda nella propria memoria, da cui si evince che, a fronte della richiesta all'aggiudicataria sull'aver provveduto alle prescrizioni dell'articolo 20 del capitolato di gara, la stessa aveva riscontrato di non poter ottemperare e aveva manifestato la propria disponibilità «*ad assorbire il personale dell'azienda uscente qualora le attività da espletare fossero di entità tali da armonizzarsi con l'impianto organico del personale*»; inoltre, la stazione appaltante ha sostenuto la legittimità del proprio operato, evidenziando che «*l'articolo 20 del capitolato ...prevedeva uno specifico obbligo assuntivo. [...] La ditta affidataria si è impegnata all'assunzione del personale dell'impresa cessante dalla gestione del servizio. [...] L'articolo 12 dell'avviso pubblico prevedeva come causa di esclusione dalla procedura la mancata accettazione anche di una sola delle condizioni contrattuali poste dall'ente appaltante nel capitolato. Per quanto concerne poi la possibilità che i dipendenti provenienti dalla ditta cessante potessero essere impiegati in sede lavorativa diversa o in servizio differente da quello dell'appalto in questione, ovvero se potessero essere utilizzati in loro vece altri lavoratori, si specifica quanto segue. L'ente appaltante, con la clausola sociale di cui all'articolo 20 del capitolato, ha inteso prevedere un utilizzo in via prioritaria dei lavoratori assunti in precedenza nello stesso servizio, mentre la ditta affidataria, fermo l'obbligo di assunzione, non avrebbe voluto avere alcun vincolo sulle modalità di utilizzo dei dipendenti del servizio. La ditta aggiudicataria ha sempre dichiarato all'ente appaltante di essere pronta ad assumere i tre lavoratori in carico alla ditta cessante e quindi essa stessa ha dimostrato che l'assunzione era assolutamente compatibile con la proprio organizzazione d'impresa. Ciò posto, si ritiene che tale assunzione doveva avvenire per l'appalto che la stessa società andava ad assumere*» e che «*il lavoratore debba mantenere lo stesso posto di lavoro anche nel nuovo appalto aggiudicato dalla subentrante*»;

RILEVATO che sulla questione può decidersi ai sensi dell'articolo 10 del Regolamento per il rilascio dei pareri di precontenzioso di cui all'articolo 211 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50;

CONSIDERATO che, relativamente alla clausola sociale, l'Autorità, nella *Nota illustrativa al bando tipo n. 1/2017*, "Schema di disciplinare di gara Procedura aperta per l'affidamento di contratti pubblici di servizi e forniture nei settori ordinari sopra soglia comunitaria con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità prezzo", ha chiarito che nella



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

nuova disciplina del Codice, la stazione appaltante è tenuta in ogni caso a inserire clausole sociali richiamando l'applicazione di contratti collettivi di settore, relative al riassorbimento del personale impiegato dal precedente aggiudicatario ed ha precisato che, per costante giurisprudenza, tale clausola non deve essere intesa come un obbligo di totale riassorbimento dei lavoratori del pregresso appalto, ma viceversa, deve prevedere che le condizioni di lavoro siano armonizzabili con l'organizzazione dell'impresa subentrante e con le esigenze tecnico-organizzative e di manodopera previste nel nuovo contratto. La formulazione della clausola sociale tiene, infatti, conto del recente arresto giurisprudenziale del Consiglio di Stato (Sez. III, sent. n. 2078 del 5 maggio 2017) secondo cui: *«la c.d. clausola sociale deve essere interpretata conformemente ai principi nazionali e comunitari in materia di libertà di iniziativa imprenditoriale e di concorrenza, risultando altrimenti essa lesiva della concorrenza, scoraggiando la partecipazione alla gara e limitando ultroneamente la platea dei partecipanti, nonché atta a ledere la libertà d'impresa, riconosciuta e garantita dall'articolo 41 Cost., che sta a fondamento dell'autogoverno dei fattori di produzione e dell'autonomia di gestione propria dell'archetipo del contratto di appalto, sicché 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 personale già utilizzato dalla precedente impresa o società affidataria (cfr. Cons. Stato, III, n. 1255/2016; n. 5598/2015; vedi anche, IV, n. 2433/2016)»*. Di conseguenza, l'Autorità ha specificamente evidenziato che *«nell'applicazione della clausola appare, quindi, opportuno procedere ad una adeguata considerazione delle mutate condizioni del nuovo appalto, del contesto sociale e di mercato o del contesto imprenditoriale in cui dette maestranze si inseriscono»* e che *«la mera accettazione di obblighi di riassorbimento del personale non può diventare criterio di valutazione dell'offerta tecnica (Avcp, Deliberazione del 21 novembre 2012, n. 100)»*;

RILEVATO che, nel caso di specie, in ragione di tali principi, la clausola dello schema contrattuale predisposto dalla stazione appaltante sembra imporre un obbligo di totale riassorbimento dei lavoratori del pregresso appalto, anziché prevedere che le condizioni di lavoro siano armonizzabili con l'organizzazione dell'impresa subentrante e con le esigenze tecnico-organizzative e di manodopera previste nel nuovo contratto;



*Autorità Nazionale Anticorruzione*

*Presidente*

### **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la formulazione e l'applicazione della clausola sociale prevista dal contratto, oggetto di contestazione, non sia conforme alla lettura interpretativa fornita dall'Autorità e dalla giurisprudenza amministrativa in relazione all'istituto della clausola sociale.

Il Presidente f.f.

Francesco Merloni

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 10 aprile 2018

Il segretario Maria Esposito