



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 714

DEL 28 giugno 2016

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 6, comma 7, lettera n) del d.lgs.163/2006 presentata congiuntamente da Comune di Genzano e Cooperativa Sociale Gialla – Procedura aperta per l'affidamento del servizio di gestione degli asili nido comunali – Importo a base di gara: euro 509.600,00 – S.A. Comune di Genzano

PREC 47/16/S

Clausola sociale di inopponibile di manodopera – applicazione del CCNL del gestore uscente – calcolo del costo del personale – offerta economicamente più vantaggiosa

La scelta del CCNL applicabile al personale dipendente rientra nelle prerogative di organizzazione dell'imprenditore, con il solo limite della coerenza con l'oggetto dell'appalto. Pertanto, la clausola sociale che prevede l'impegno dell'aggiudicatario, salvo gravi e motivati elementi contrari, ad assumere il personale in servizio impiegato alla data di aggiudicazione della gara di appalto, agli stessi patti e condizioni, salvaguardando la retribuzione in godimento e l'anzianità di servizio non può essere interpretata come comportante l'automatica applicazione al personale riassorbito del CCNL applicato dal gestore uscente.

Articoli 69, 83 e 87 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163

Il Consiglio

Considerato in fatto

Con istanza di parere acquisita in data 6 giugno 2016, il Comune di Genzano e la Cooperativa Sociale Gialla hanno congiuntamente chiesto all'Autorità di formulare un'ipotesi di soluzione della controversia insorta tra le parti in relazione all'applicazione della clausola contenuta nell'art. 8 del Capitolato speciale d'appalto a tenore della quale «Al fine di salvaguardare l'occupazione e assicurare la continuità delle prestazioni dello stesso operatore, la ditta affidataria, salvo gravi e motivati elementi contrari, s'impegna ad assumere il personale in servizio impiegato alla data di aggiudicazione della gara di appalto, agli stessi patti e condizioni, salvaguardando la retribuzione in godimento e l'anzianità di servizio».

La cooperativa sociale, che ha presentato la prima migliore offerta, in sede di verifica dell'anomalia ha rappresentato di avere ridimensionato i costi del personale rispetto a quanto previsto dal bando di gara in virtù dell'applicazione di un diverso, ma altrettanto valido, CCNL. Richiamata dalla stazione appaltante sulla necessità di garantire e salvaguardare la retribuzione del personale attualmente impiegato nell'appalto, la cooperativa ha sostenuto che la menzionata clausola, qualora interpretata come impositiva dell'applicazione dello stesso CCNL impiegato dallo stesso operatore economico uscente, sarebbe illegittima. La Cooperativa Sociale Gialla ha altresì evidenziato che mentre il CCNL Cooperative sociali, applicato dalla maggior parte degli operatori partecipanti alla gara, prevede e consente il trasferimento del personale agli stessi patti e condizioni, il CCNL ANINSEI applicato dalla



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

stessa cooperativa non ha una omologa disposizione e che dunque l'offerta modulata sulla base del CCNL ANINSEI appare del tutto conforme a tutti i dettati normativi e perfettamente aderente alle esigenze del servizio.

Considerate le divergenze interpretative sulla portata della clausola sociale in esame, le parti hanno convenuto di sottoporre all'Autorità un quesito volto a sapere se, visti gli atti di gara, la stazione appaltante possa legittimamente pretendere l'assunzione del personale attualmente in servizio agli stessi patti e condizioni, salvaguardando la retribuzione in godimento e l'anzianità di servizio, così come previsto dall'art. 8 del Capitolato d'Appalto, avendo la Cooperativa Sociale Gialla dichiarato di accettare tutte le disposizioni contenute nella citata documentazione.

A seguito dell'avvio del procedimento, la Cooperativa Sociale Gialla ha prodotto una memoria nella quale ha ulteriormente argomentato a sostegno della propria posizione, unitamente a documentazione integrativa.

Ritenuto in diritto

Secondo il consolidato orientamento espresso dall'Autorità in specie in sede di valutazione ex art. 69 del d.lgs. n. 163/2006 della compatibilità con il diritto comunitario delle condizioni particolari di esecuzione, attinenti a esigenze sociali o ambientali prescritte nei bandi di gara o negli inviti, il vincolo che la pubblica amministrazione può discrezionalmente imporre nelle condizioni di esecuzione dei bandi pubblici incontra un limite di compatibilità con l'organizzazione dell'impresa subentrante. L'Autorità ha affermato che le legittime esigenze sociali devono essere bilanciate da una adeguata tutela della libertà di concorrenza, anche nella forma della libertà imprenditoriale degli operatori economici potenziali aggiudicatari, i quali assumono un mero obbligo di prioritario assorbimento e utilizzo del personale già impiegato dal precedente affidatario per il periodo di durata dell'appalto, subordinatamente alla compatibilità con la propria organizzazione d'impresa (cfr., *ex multis*, Parere sulla normativa 27 maggio 2015 AG-15/2015/AP; Parere sulla normativa 22 luglio 2015 AG- 58/15/AP; Parere di precontenzioso n. 44 del 25 febbraio 2010).

Ciò sulla base di un chiaro fondamento costituzionale. È stata infatti ritenuta infondata la questione di legittimità costituzionale – con riferimento all'art. 41 Cost. - del c.d. "imponibile di manodopera", sulla base della considerazione che la ingiustificata compressione dell'iniziativa economica privata non si verifica solo laddove la formulazione della disposizione non preveda obblighi cogenti per l'impresa quali effettivamente risulterebbero invece dalla formula di assorbimento prioritario nell'azienda, giacché tale espressione deve essere intesa nel senso che l'obbligo intanto insorgerà in quanto la società stessa deciderà di assumere nuovo personale («l'art. 2 della legge siciliana approvata il 26 maggio 1994, nella parte in cui prevede l'obbligo della Italkali di reinserire prioritariamente nell'azienda i lavoratori messi in mobilità, che fruiscono delle provvidenze "ex lege" n. 223 del 1991, va inteso rettamente nel senso che l'obbligo intanto insorge in quanto la società stessa decida di assumere nuovo personale, e in tali limiti non comporta un "imponibile di manodopera" né incide sul dimensionamento e sull'organizzazione interna dell'impresa, giacché recepisce soltanto il principio secondo cui i lavoratori messi in mobilità hanno la preferenza in caso di nuove assunzioni» Corte cost., 23 dicembre 1994, n. 446)



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Sulla stessa linea, la giurisprudenza amministrativa afferma che la clausola sociale di imponibile di manodopera «deve essere interpretata conformemente ai principi nazionali e comunitari in materia di libertà di iniziativa imprenditoriale e di concorrenza, risultando, altrimenti, la clausola in questione senz'altro lesiva della concorrenza, scoraggiando la partecipazione alla gara e limitando ultroneamente la platea dei partecipanti, nonché atta a ledere la libertà d'impresa, riconosciuta e garantita dall'art. 41 della Costituzione, che sta a fondamento dell'autogoverno dei fattori di produzione e dell'autonomia di gestione propria dell'archetipo del contratto di appalto» (Cons. Stato Sez. VI, 27 novembre 2014, n. 5890. Inoltre, *ex multis*, T.A.R. Piemonte Torino Sez. I, 09 gennaio 2015, n. 23, T.A.R. Abruzzo Pescara Sez. I, 02 gennaio 2015, n. 6, T.A.R. Emilia-Romagna Bologna Sez. II, 09 novembre 2012, n. 672).

La clausola sociale inserita nel bando o nel capitolato speciale che prevede il riassorbimento del personale impiegato dall'operatore economico uscente, per potere essere considerata conforme al diritto europeo in materia di concorrenza e coerente con la lettura comunitariamente orientata della libertà di iniziativa economica, non può dunque alterare o forzare la valutazione dell'aggiudicatario in ordine al dimensionamento e all'organizzazione della propria impresa e, in tal senso, deve contemperare l'obbligo di assorbimento prioritario del personale con la condizione che il numero dei lavoratori e la loro qualifica siano armonizzabili con l'organizzazione dell'impresa aggiudicataria.

Nel caso in esame, la clausola recata dall'art. 8 del Capitolato speciale d'appalto sancisce l'impegno dell'aggiudicatario ad assumere il personale in servizio impiegato alla data di aggiudicazione della gara di appalto, agli stessi patti e condizioni, salvaguardando la retribuzione in godimento e l'anzianità di servizio, "salvo gravi e motivati elementi contrari".

Alla luce di quanto considerato, la conformità al diritto dell'Unione nei termini sopra indicati impone che la clausola vada interpretata non come impositiva di un obbligo automatico di integrale assorbimento del personale impiegato dal gestore uscente ma di un obbligo di assorbimento prioritario dello stesso personale, previa verifica di compatibilità con la propria organizzazione d'impresa, nel duplice senso che sia il numero di lavoratori che la qualifica degli stessi devono essere armonizzabili con l'organizzazione dell'impresa e con le esigenze tecniche-organizzative previste per l'erogazione del servizio. In questo senso deve essere letto l'inciso che fa salvi "eventuali gravi e motivati elementi contrari", pena la non conformità della clausola stessa con il principio comunitario della libertà di concorrenza, anche nella forma della libertà imprenditoriale degli operatori economici potenziali aggiudicatari.

Va considerata rientrante nelle prerogative di organizzazione dell'imprenditore e nella libertà negoziale delle parti, con il solo limite della coerenza con l'oggetto dell'appalto, anche la scelta del CCNL applicabile al personale (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 10 febbraio 2016, n. 589).

Come emerge dalla documentazione di gara, il Comune di Genzano non ha richiesto ai fini della partecipazione l'applicazione di uno specifico CCNL (nella dichiarazione allegata all'istanza di ammissione si chiede che venga dichiarato "il C.C.N. L. applicato") né, invero, la clausola sociale in esame richiede espressamente l'applicazione al personale riassorbito del medesimo CCNL che regola il rapporto di lavoro con il gestore uscente. La Cooperativa Sociale applica al proprio personale il CCNL



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

ANINSEI disciplinante i rapporti di lavoro tra le imprese educative, formative o scolastiche paritarie o non paritarie di enti o privati svolgenti, tra le altre, le attività di gestione di asili nido e micro nido, e il relativo personale dipendente. Sulla base delle tariffe di detto CCNL (che pare coerente con l'oggetto dell'appalto) ha elaborato l'offerta economica presentata in gara.

Come già evidenziato, l'assorbimento prioritario del personale dipendente del gestore uscente deve essere compatibile con l'organigramma dell'appaltatore subentrante e con le sue strategie aziendali. Tra queste va annoverata anche la scelta del CCNL regolante il rapporto di lavoro con i propri dipendenti. Ne deriva che la clausola sociale non può comportare l'automatica applicazione al personale eventualmente riassorbito del CCNL già applicato dal gestore uscente dovendo tale opzione essere oggetto di esame da parte dell'appaltatore subentrante, il quale ne valuta la compatibilità con le proprie strategie aziendali nell'ambito dell'esercizio della propria libertà d'iniziativa economica.

Alla luce delle considerazioni sopra esposte,

il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la clausola sociale di cui all'art. 8 del Capitolato speciale di appalto non può comportare l'automatica applicazione al personale riassorbito del CCNL applicato dal gestore uscente.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 5 luglio 2016

Il segretario Maria Esposito