



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

Il Presidente

**INAIL**

22/07/2015

**AG 58/15/AP**

*Oggetto: Istanza di parere, ai sensi dell'art. 69, comma 3, del D.Lgs. n. 163/2006 – Inail – Bando di gara per l'affidamento dell'organizzazione e della gestione del Servizio di contact center integrato, denominato SuperAbile INAIL, per la fornitura di informazioni e consulenza in materia di disabilità - Clausola sociale di assunzione di personale del precedente aggiudicatario – Valutazione di compatibilità con il diritto comunitario – Criticità*

Con riguardo alla nota pervenuta in data 23 giugno 2015, prot. 79996, si comunica che il Consiglio, nell'adunanza del 22 luglio 2015, ha approvato le seguenti considerazioni.

L'INAIL ha sottoposto all'attenzione di questa Autorità una istanza di parere ai sensi dell'art. 69, comma 3, del D.Lgs. n. 163/2006 (d'ora in poi Codice), rappresentando di voler inserire nel Bando relativo alla procedura aperta per l'affidamento dell'organizzazione e della gestione del Servizio contact center integrato, denominato SuperAbile INAIL, per la fornitura di informazioni e consulenza in materia di disabilità, una clausola sociale ex art. 69 comma 3 del Codice. La richiesta è corredata di un testo base degli atti di gara.

L'istante rappresenta che il contratto attualmente in corso, affidato a un RTI composto da Consorzio sociale Coin (consorziate esecutrici Cooperative Capodarco e Tandem) e mandanti Redattore sociale srl, Eustema SpA, Postecom SpA e West srl, è di prossima scadenza e che l'istituto intende bandire un nuovo bando mediante procedura aperta, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, nel cui contesto inserire la clausola sociale di salvaguardia dei livelli occupazionali. A tal fine, allegando il testo della clausola sociale, di cui in appresso, il predetto istituto lealmente afferma di essere consapevole che *“secondo un diffuso orientamento anche di questa Autorità, clausole di salvaguardia dei livelli occupazionali che prevedano cogenti obblighi di assunzione di lavoratori dei precedenti appalti sono viste con disfavore, prediligendosi piuttosto obblighi di riassorbimento di lavoratori in via prioritaria nel caso in cui il nuovo aggiudicatario decida di riassumere nuovo personale nell'esercizio della propria discrezionalità tecnico-organizzativa”*. E, tuttavia, invita questa Autorità a tener conto delle peculiarità del caso atteso che tale orientamento *“lungi dall'assicurare un giusto contemperamento delle esigenze sociali con quelle imprenditoriali, rischia di far prevalere sempre, comunque e in ogni circostanza solo le ragioni dell'impresa e di vanificare sostanzialmente la disposizione di cui all'art. 69 del D.lgs 163/20006”*. A tal riguardo, evidenzia il richiedente che l'attuale contratto è sottoposto alla gestione straordinaria e temporanea mediante nomina di un amministratore in virtù dell'art. 32, comma 10, del DL 90/2014 e che, nel procedimento ad esito del quale il Prefetto di Roma ha disposto tale misura nei confronti della mandataria capogruppo Consorzio sociale COIN, a seguito di informazione interdittiva per tentativi di infiltrazione mafiosa, l'Autorità ha espresso la propria valutazione affermando che ricorre *“l'ipotesi in cui può essere disposta l'applicazione dell'art. 32, comma*



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

*Il Presidente*

*10, del DL 24 giugno 2014, n. 90, al fine di garantire la continuità del servizio e la salvaguardia dei livelli occupazionali tenuto conto che risultano coinvolti nella prestazione contrattuale 91 lavoratori, di cui 28 con disabilità” (citata nota prot. 28506 del 11/03/2015).*

Nel caso di specie, la stazione sottopone all’Autorità una clausola che prevede la seguente formulazione: “*Art. 6 Clausola sociale di garanzia occupazionale.*”

*Ai sensi dell’art. 69 del DLgs n. 163/2006, al fine di salvaguardare i livelli occupazionali, l’esecuzione dell’appalto prevede l’obbligo a carico dell’affidatario di assumere dipendenti dell’attuale gestore, secondo le modalità del presente articolo.*

*In particolare l’affidatario, in sede di formulazione dell’offerta, si obbliga ad assumere, prima dell’avvio delle attività previste per l’esecuzione dell’appalto, i dipendenti di cui all’allegato elenco (allegato 4) alle condizioni contrattuali ivi indicate.*

*Tale elenco – che contiene l’indicazione del numero dei lavoratori da assumere e, a fianco di ciascuno di essi, del Contratto collettivo Nazionale di Lavoro applicato, dell’inquadramento giuridico ed economico, dell’orario settimanale, della retribuzione annua lorda percepita e delle mansioni svolte all’interno dell’appalto – tiene conto del monte ore lavorativo compatibile con lo svolgimento delle corrispondenti attività previste dal capitolato tecnico.*

*I nominativi dei lavoratori indicati nel suddetto elenco saranno resi noti all’affidatario dopo la stipula del contratto, nel rispetto della normativa vigente a tutela dei dati personali.*

*L’affidatario deve assicurare ai suddetti dipendenti il mantenimento dei livelli retributivi attualmente in godimento ove più vantaggiosi di quelli previsti dai contratti collettivi nazionali di categoria applicati dall’affidatario stesso. Si precisa che il relativo onere economico costituisce quota parte dell’importo a base di gara non soggetto a ribasso e che lo stesso è compatibile con le esigenze tecnico organizzative e di manodopera previste per l’esecuzione del servizio”.*

La proposta clausola è contenuta nel solo Capitolato d’oneri, in apposito e separato articolo, rubricato “*Clausola di garanzia occupazionale*”.

Sotto un profilo formale, appare utile evidenziare, che il costante indirizzo interpretativo dell’Autorità sui contratti pubblici ha affermato che, per onorare gli obblighi pubblicitari richiesti dalla norma, la stazione appaltante è tenuta a: a) includere la clausola sociale, oltre che nel Capitolato tecnico anche nel Disciplinare di gara e nel Bando; b) dare alla clausola adeguata e autonoma evidenza, trasponendola in un articolo specifico rubricato “clausola sociale” o espressione equivalente; c) riportare una clausola di identico tenore nello Schema di contratto; d) curare che gli operatori economici concorrenti dichiarino in sede di offerta di accettare le condizioni di esecuzione. Si richiama l’istante alle considerazioni sub a), atteso che non si riscontra la previsione della suddetta clausola in tutti gli atti di gara.

Sotto un profilo di merito, che peraltro risulta assorbente nel caso di specie, la richiesta in oggetto comporta un confronto con i principi comunitari, volti a presidio del corretto svolgersi delle dinamiche concorrenziali nel mercato.

La clausola sottoposta al giudizio dell’Autorità prevede un automatismo nell’applicazione dell’istituto e contempera l’obbligo di assunzione prevedendo il numero fisso dei lavoratori da assumere e l’obbligo di assunzione, senza che sia prevista verifica di compatibilità con le esigenze di natura



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

*Il Presidente*

produttiva e tecnica dell'impresa oltre che con le qualifiche e le professionalità a questa necessarie. Il richiedente, consapevole dell'indirizzo sfavorevole dell'Autorità, domanda una deroga al principio, adducendo aspetti emergenziali in motivazione (probabile licenziamento, difficoltà di ricollocamento, ridottissima offerta occupazionale nel settore).

Al riguardo si rimettono le seguenti considerazioni.

E' noto all'istante il consolidato orientamento di questa Autorità, secondo cui il vincolo che la pubblica amministrazione può discrezionalmente imporre, nelle condizioni di esecuzione dei bandi pubblici, incontra un limite nella compatibilità con l'organizzazione dell'impresa subentrante (ex multis, Parere Avcp n. 44/2010, Parere Avcp AG 41/2012, Parere Avcp 28/2013). L'Autorità, conformemente alla giurisprudenza, afferma infatti 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 l'organizzazione d'impresa dell'appaltatore subentrante. Afferma chiaramente il Consiglio di Stato 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 attenta 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).

Si ritiene, infatti, che la clausola sociale, anche al fine di garantire la sostenibilità dell'impresa sul mercato e dunque la ragione stessa della sussistenza della domanda di lavoro, non possa alterare o forzare la valutazione dell'aggiudicatario in ordine al dimensionamento dell'impresa e, in tal senso, non possa imporre un obbligo di assorbimento di personale, senza adeguata considerazione delle condizioni dell'appalto, del contesto sociale e di mercato o del contesto imprenditoriale in cui dette maestranze si inseriscono.

Non si può, infine, non considerare che il suddetto indirizzo poggia su un chiaro e consolidato fondamento costituzionale. La Corte costituzionale ha ritenuto infondata la questione di legittimità costituzionale che invocava – con riferimento all'art. 41 Cost. - la giurisprudenza sul cd imponibile di manodopera, asserendo precisamente che tale 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 (Corte cost., 23 dicembre 1994, n. 446). Afferma, infatti, la Corte nella suddetta sentenza che *"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"*



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

*Il Presidente*

*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. (Non fondatezza, nei sensi di cui in motivazione, della questione di costituzionalità del suddetto art. 2, in riferimento all'art. 41 Cost.)” (Corte cost., 23 dicembre 1994, n. 446).*

Un orientamento analogo pare, peraltro, essere stato adottato, più di recente dalla medesima Corte costituzionale, per violazione dei canoni di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione (art. 97). La Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 30 della legge della Regione Puglia n. 4 del 2010, con riferimento al comma 1 del sostituito art. 25 della legge della Regione Puglia 3 agosto 2007, n. 25 (Assestamento e seconda variazione al bilancio di previsione per l'esercizio finanziario 2007), nella parte in cui imponeva alle nuove imprese o società affidatarie dell'appalto l'obbligo di assunzione *a tempo indeterminato* del personale dell'impresa uscente, in luogo del mero mantenimento in servizio di personale non eccedente i limiti temporali dell'affidamento del servizio, e con riferimento al comma 4 del medesimo art. 25, nella parte in cui prevedeva la stabilizzazione di personale della precedente impresa o società affidataria dell'appalto, senza alcuna forma selettiva (Corte Costituzionale, 3 marzo 2011, n. 68).

Non appare, pertanto, consentito a questa Autorità derogare al suddetto orientamento. La condizione in parola deve essere modificata, coerentemente con detto indirizzo mediante una formulazione come “*qualora ciò sia coerente con la propria organizzazione di impresa*” o equivalente; essa non deve prevedere automatismi nell'applicazione dell'istituto e deve contemperare espressamente l'obbligo di assunzione con la condizione che il numero dei lavoratori e la loro qualifica siano armonizzabili con l'organizzazione d'impresa della ditta aggiudicataria e con le esigenze tecnico-organizzative e di manodopera previste. Soltanto nei termini indicati, tale formulazione potrà essere ritenuta conforme agli orientamenti sulle misure atte a favorire condizioni di concorrenzialità nel mercato e coerente con una lettura comunitariamente orientata della libertà di iniziativa economica ex art. 41 Cost.

Con particolare riferimento ai lavoratori con disabilità, allo scopo di favorirne un nuovo collocamento, potrebbe ipotizzarsi la previsione negli atti di gara di specifico richiamo al numero del personale affetto da disabilità già impiegato nell'appalto precedente al fine di consentire agli operatori economici interessati di tenerli in considerazione per il rispetto dei livelli delle quote di riserva di cui all'art. 3 della l. n. 68/1999.

*Raffaele Cantone*