



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 856 DEL 03 agosto 2016

Oggetto: richiesta di parere sulla normativa - art. 177, comma 1, d.lgs. 50/2016.

rif. AG31/2016/AP

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 29 luglio 2016, acquisita al prot. n. 115258, si rappresenta che il Consiglio dell’Autorità, nell’adunanza del 03.08.2016, ha approvato le seguenti considerazioni.

Si rappresenta preliminarmente che l’art. 177, comma 1, del d.lgs. 50/2016, dedicato agli “*affidamenti dei concessionari*” stabilisce che i soggetti pubblici o privati, titolari di concessioni di lavori, di servizi pubblici o di forniture già in essere alla data di entrata in vigore del Codice, non affidate con la formula della finanza di progetto, ovvero con procedure di gara ad evidenza pubblica, sono obbligati ad affidare una quota pari all’ottanta per cento dei contratti di lavori, servizi e forniture relativi alle concessioni di importo di importo pari o superiore a 150.000 euro e relativi alle concessioni mediante procedura ad evidenza pubblica, *introducendo clausole sociali per la stabilità del personale impiegato e per la salvaguardia delle professionalità*. La restante parte può essere realizzata da società *in house* per i soggetti pubblici, ovvero da società direttamente o indirettamente controllate o collegate per i soggetti privati, ovvero tramite operatori individuati mediante procedura ad evidenza pubblica, anche di tipo semplificato.

Il successivo comma 2 dispone, inoltre, che le concessioni già in essere si adeguano alle predette disposizioni entro ventiquattro mesi dalla data di entrata in vigore del Codice, mentre il comma 3 demanda all’Anac, previa adozione di linee-guida in materia, la verifica del rispetto delle previsioni di cui al comma 1. Come evidenziato nella Relazione illustrativa del Codice, con tale disposizione il legislatore ha dato attuazione al criterio di delega previsto all’art. 1, comma 1, lettera iii), della l. 11/2016, contemplante – tra l’altro - l’obbligo per i titolari di concessioni di lavori o di servizi pubblici già esistenti di affidare una quota pari all’80 per cento dei contratti di lavori, servizi e forniture mediante procedura ad evidenza pubblica, introducendo clausole sociali per la stabilità del personale impiegato e per la salvaguardia delle professionalità.

Dalla lettura del predetto criterio di delega e della relativa disposizione attuativa, emerge quindi, in primo luogo, l’intenzione del legislatore di voler garantire il rispetto del principio comunitario di libera concorrenza, nel caso in cui l’affidamento della concessione sia stato effettuato senza ricorrere a procedure ad evidenza pubblica, imponendo a tal fine al concessionario l’externalizzazione con gara dell’80% dei lavori, servizi e forniture relativi alla tipologia di concessioni sopra indicate (sono escluse da tale obbligo le concessioni affidate con

gara, per le quali evidentemente il rispetto del principio comunitario sopra richiamato è stato garantito a monte, con la gara svolta per l'affidamento della concessione). Tale obbligo di esternalizzazione, peraltro, si pone in continuità con le previsioni del previgente d.lgs. n. 163/2006, il quale prevedeva all'art. 253, comma 25, l'obbligo di affidare a terzi una percentuale minima del sessanta per cento dei lavori, per i titolari di concessioni già *assentite* alla data del 30 giugno 2002.

In secondo luogo, in relazione allo svolgimento delle gare indette dal concessionario, il legislatore fissa l'obbligo di inserire nei relativi bandi di gara clausole sociali per la stabilità del personale impiegato e per la salvaguardia delle professionalità.

Dunque, l'art. 177, comma 1, del Codice, nel disporre l'obbligo per l'affidatario diretto della concessione di esternalizzare l'80% dei lavori, servizi e forniture, prevede altresì che la procedura ad evidenza pubblica indetta a tal fine deve essere svolta «*introducendo* [evidentemente negli atti di gara e nel contratto] *clausole sociali per la stabilità del personale impiegato e per la salvaguardia delle professionalità*».

La disposizione sopra richiamata costituisce una norma di carattere speciale, in quanto diretta ad incidere su convenzioni in corso di esecuzione (imponendo l'esternalizzazione dell'80% delle prestazioni ivi previste), con conseguente incidenza anche sulla stabilità occupazionale del personale impiegato nell'esecuzione stessa.

La norma contempla quindi una disciplina delle clausole sociali negli appalti pubblici che può ritenersi "speciale" rispetto a quella di ordine generale dettata dal legislatore all'art. 50 (*Clausole sociali del bando di gara e degli avvisi*) del Codice.

Tale ultima disposizione stabilisce, infatti, che «Per gli affidamenti dei contratti di concessione e di appalto di lavori e servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale, con particolare riguardo a quelli relativi a contratti ad alta intensità di manodopera, i bandi di gara, gli avvisi e gli inviti *possono inserire*, 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. I servizi ad alta intensità di manodopera sono quelli nei quali il costo della manodopera è pari almeno al 50 per cento dell'importo totale del contratto».

La norma – dettata in attuazione dei criteri di delega di cui all'art. 1, comma 1, lett. fff) e ggg) della l. n. 11/2016 - prevede, quindi in termini di *facoltà*, l'inserimento nei bandi di gara della clausola sociale, contemplando l'applicazione dei contratti collettivi di settore e ponendo particolare attenzione a contratti ad alta densità di manodopera.

Tale disposizione si pone in continuità con quanto previsto nel previgente d.lgs. 163/2006, contemplante anch'esso la *facoltà* per la stazione appaltante di inserire la clausola sociale tra le condizioni di esecuzione del contratto d'appalto (art. 69 del Codice, in recepimento dell'art. 26 della direttiva 2004/18/CE e dell'art. 38 della direttiva 2004/17/CE).

Sembra utile evidenziare al riguardo che in ordine a tale disciplina del d.lgs. 163/2006 l'Autorità ha affermato che il riassorbimento del personale del precedente aggiudicatario deve essere armonizzabile con l'organizzazione dell'impresa subentrante e con le esigenze tecnico organizzative e di manodopera previste nel nuovo contratto, in modo da non attribuirle un effetto escludente (determinazione n. 9/2015). Anche la giurisprudenza ha osservato che «l'appaltatore subentrante deve prioritariamente assumere gli stessi addetti che operavano alle dipendenze dell'appaltatore uscente, a condizione che il loro numero e la loro qualifica siano armonizzabili con l'organizzazione d'impresa prescelta dall'imprenditore subentrante».

Aggiungendo, inoltre, che alla clausola sociale deve essere data una lettura “flessibile”, secondo il diritto vivente e pertanto, i lavoratori che non trovano spazio nell’organigramma dell’appaltatore subentrante o vengono adibiti ad altri servizi o sono destinatari delle norme in materia di ammortizzatori sociali (Cons. Stato, sez. IV, 2 dicembre 2013, n. 5725; in argomento cfr. anche Avcp, parere di precontenzioso, n. 44/2010, Avcp parere sulla normativa, AG 41/2012).

Invero tale avviso è stato espresso con riferimento ad una disposizione (art. 69 del d.lgs. 163/2006) che, come sopra illustrato, contemplava in termini di *facoltà* per le stazioni appaltanti, l’inserimento nei bandi di gara della clausola sociale e può, quindi, essere confermato in ordine alle conformi previsioni dell’art. 50 del nuovo Codice.

L’interpretazione sopra illustrata non può, invece, essere estesa *sic et simpliciter* in ordine alla speciale disposizione dell’art. 177, comma 1, del d.lgs. 50/2016, posto che la stessa contempla non la facoltà ma *l’obbligo* per l’aggiudicatario dell’appalto di “assorbire” il personale impiegato nell’esecuzione.

Si tratta di una disposizione di carattere speciale, che – come sopra evidenziato – incide su assetti contrattuali in corso di esecuzione e, dunque, destinata ad avere necessariamente un sensibile impatto sulla stabilità occupazionale del personale impiegato.

In tal senso si ritiene che la speciale previsione dell’art. 177, comma 1, del Codice, nel contemplare l’obbligo di inserimento nella *lex specialis* della clausola sociale, nei termini sopra indicati, vada interpretata come contemplante anche l’obbligo di carattere generale di riassorbimento di *tutto* il personale impiegato nell’esecuzione del contratto, con l’eventuale contenimento degli eccezionali limiti evidenziati dalla giurisprudenza formatasi al riguardo (ex multis Cons. Stato, sez. III, n. 1896/2013, Con. Stato, sez. III, n. 1255/2016).

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 5 agosto 2016
Il Segretario, Rosetta Greco