



DELIBERA N. 574

10 dicembre 2024

Oggetto

Istanza SINGOLA presentata da Pirene S.r.l. - Procedura aperta su piattaforma telematica, ai sensi dell'art. 59 d.lgs. 36/23, finalizzata alla conclusione di un accordo quadro con un unico operatore economico per l'affidamento del "servizio di supporto amministrativo e tecnico" per la A.s.l. n.1 Avezzano -Sulmona - L'Aquila.

UPREC-PRE-0350-2024-S-PREC -(FASC. 4990/2024)

Riferimenti normativi

Art. 57, co. 1 del d.lgs 36/2023

Art. 59 del d.lgs 36/2023

Parole chiave

Appalto pubblico – Accordo Quadro - Scelta del contraente – Bando – clausola sociale – decorrenza

Massima

Appalto pubblico – Accordo Quadro - Scelta del contraente – Bando – clausola sociale – decorrenza

Premesso che l'obbligo di apposizione della clausola sociale ex art. 57, co. 1 del d.lgs 36/2023 non si pone in contrasto con l'accordo quadro, non può ritenersi legittima l'apposizione alla clausola stessa di una condizione che subordina l'assorbimento del personale all'effettuazione dell'ordine.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 10 dicembre 2024



DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. gen. ANAC n. 129828 del 6.11.2024, con la quale l'o.e. Pirene s.r.l. ha chiesto alla scrivente Autorità di voler esprimere un parere di precontenzioso in merito alla legittimità della clausola sociale predisposta dalla stazione appaltante nella procedura in esame;

VISTO l'avvio dell'istruttoria comunicato con nota prot. n. 132640 del 13.11.2024;

VISTA la documentazione in atti e le memorie presentate, sia dalla parte istante, che dalla stazione appaltante;

PRESO ATTO che l'odierna vicenda è incentrata sulla procedura aperta finalizzata alla conclusione di un accordo quadro ex art. 59 del d.lgs 36/2023 indetta dall'ASL n. 1 Avezzano – Sulmona – L'Aquila e, segnatamente, sulla dedotta illegittimità della clausola sociale ivi prevista, laddove è sancito l'obbligo di riassorbimento del personale già impiegato dall'o.e. uscente fin dalla stipula dell'accordo stesso invece che, stante l'aleatorietà dell'accordo quadro, solo al momento dell'effettiva emissione degli ordini, che renderebbe – per l'istante – di fatto impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica necessario ai fini della formulazione dell'offerta. Tale clausola sociale, inoltre, strutturata a prescindere dall'emissione degli ordini, non terrebbe conto del reale fabbisogno della stazione appaltante;

CONSIDERATO innanzitutto che ai sensi dell'art. 57, co. 1 è previsto che *"Per gli affidamenti dei contratti di appalto di lavori e servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale e per i contratti di concessione i bandi di gara, gli avvisi e gli inviti, tenuto conto della tipologia di intervento, in particolare ove riguardi il settore dei beni culturali e del paesaggio, e nel rispetto dei principi dell'Unione europea, devono contenere specifiche clausole sociali con le quali sono richieste, come requisiti necessari dell'offerta, misure orientate tra l'altro a garantire le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate, la stabilità occupazionale del personale impiegato, nonché l'applicazione dei contratti collettivi nazionali e territoriali di settore, tenendo conto, in relazione all'oggetto dell'appalto o della concessione e alle prestazioni da eseguire anche in maniera prevalente, di quelli stipulati dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e di quelli il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente, nonché a garantire le stesse tutele economiche e normative per i lavoratori in subappalto rispetto ai dipendenti dell'appaltatore e contro il lavoro irregolare"*;

CONSIDERATO che secondo la lex specialis (art. 9 del disciplinare) è altresì previsto che *"L'Operatore Economico aggiudicatario è tenuto a garantire l'applicazione del contratto collettivo nazionale e territoriale (o dei contratti collettivi nazionali e territoriali di settore) (di seguito anche CCNL) di cui al paragrafo 3 del presente Disciplinare, oppure di un altro contratto che garantisca le stesse tutele economiche e normative per i propri lavoratori e per quelli in subappalto. Al fine di promuovere la stabilità occupazionale nel rispetto dei principi costituzionali e dell'Unione Europea e ferma restando la necessaria armonizzazione con l'organizzazione dell'Operatore Economico subentrante e con le esigenze tecnico-organizzative e di manodopera previste nel nuovo contratto, l'Operatore Economico aggiudicatario è tenuto ad assorbire prioritariamente nel proprio organico, con carattere di continuità, il personale già*



operante alle dipendenze dell'Operatore Economico uscente, come previsto dall'art. 57 comma 1, del Codice, a condizioni normative, retributive e di tutela del rapporto di lavoro non peggiorative rispetto a quelle preesistenti, senza periodo di prova, con riconoscimento dell'anzianità di servizio maturata e maturanda e di assicurare i diritti individuali acquisiti e la giusta tutela del personale operante in astensione per maternità, infortunio, malattia, ferie, aspettativa, aspettativa sindacale, distacco legge 300/1970, al momento dell'avvio del servizio/ della fornitura. Si rimanda all'Allegato 8 del presente Disciplinare per la consultazione dell'elenco del personale attualmente impiegato con l'indicazione, per ciascuna risorsa, del CCNL di riferimento, della mansione, della qualifica, del livello di inquadramento contrattuale, di eventuali benefit attualmente riconosciuti nonché della sede di lavoro e del monte ore di impiego attualmente previste. L'elenco fornito riporta, altresì, l'indicazione dei lavoratori svantaggiati ai sensi della legge n. 281/91. Gli Operatori Economici partecipanti devono presentare in fase di gara nella Busta C – Offerta Economica il "Progetto di assorbimento del personale", redatto secondo il modello di cui all' Allegato 9 – Progetto di riassorbimento". Con la presentazione del suddetto progetto, gli Operatori Economici dichiarano, a pena di esclusione, di accettare la presente clausola sociale e si impegnano a presentarsi, entro e non oltre 10 (dieci) giorni dalla data di efficacia dell'aggiudicazione, presso l'Associazione territoriale cui avranno conferito mandato o, in assenza, presso la Direzione del Lavoro competente, per un esame congiunto con le Organizzazioni Sindacali, al fine di promuovere la ricollocabilità del personale già impiegato nel rispetto della normativa vigente a livello nazionale e regionale. Resta salva l'applicazione della disciplina di miglior favore per i lavoratori, finalizzata al loro riassorbimento, eventualmente contenuta nel contratto collettivo che l'appaltatore subentrante fosse tenuto ad applicare. Qualora l'appaltatore subentrante sia una cooperativa, i lavoratori operanti oggetto di cambio appalto, non possono essere obbligati ad associarsi. Il rispetto delle previsioni del suddetto Progetto di assorbimento sarà oggetto di monitoraggio da parte della Stazione Appaltante durante l'esecuzione del Contratto/Accordo Quadro.";

PRESO ATTO che, per quanto concerne il quesito posto dall'o.e. istante, la illegittimità della clausola anzidetta discenderebbe dalla natura aleatoria dell'accordo quadro stesso per cui il concorrente, fino al momento della richiesta delle specifiche prestazioni da parte della stazione appaltante, conosce solo nel limite massimo l'entità delle stesse, con l'effetto per cui l'assorbimento del personale, prima dell'effettiva attuazione degli ordini, comporterebbe l'assunzione di costi potenzialmente non coincidenti con il reale fabbisogno;

CONSIDERATO preliminarmente che ai sensi della vigente disciplina come precisato anche dalla Relazione Illustrativa al d.lgs 36/2023, l'art. 57, co. 1, «in conformità alla direttiva della delega, quindi, prevede "l'obbligo" per le stazioni appaltanti di inserire nei bandi di gara, avvisi e inviti, specifiche "clausole sociali" con le quali sono richieste, come requisiti necessari dell'offerta, misure orientate a garantire la stabilità del personale impiegato»;

RILEVATO inoltre che, ai sensi della disciplina di riferimento, in particolare tenuto conto delle indicazioni da parte del richiamato art. 57, co. 1 del d.lgs 36/2023 che individua l'obbligo di apposizione della clausola sociale per "gli affidamenti dei contratti di appalto di lavori e servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale e per i contratti di concessione", non pare possano sussistere dubbi sulla vigenza di tale previsione anche con riferimento all'Accordo quadro, che, ex art. 59 del d.lgs 36/2023, è invece uno strumento contrattuale (cfr. FAQ ANAC n. D3 su Accordo Quadro);

CONSIDERATO altresì che (seppure riferita alla precedente disciplina codicistica, che tuttavia può essere richiamata in via di principio) la scrivente Autorità ha precisato in tema di clausola sociale che "le stazioni appaltanti inseriscono, nella lex specialis di gara, comunque denominata, specifiche clausole volte a



*promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato ... 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. Il riassorbimento del personale è imponibile nella misura e nei limiti in cui sia compatibile con il fabbisogno richiesto dall'esecuzione del nuovo contratto e con la pianificazione e l'organizzazione definita dal nuovo assunto. Tale principio è applicabile a prescindere dalla fonte che regola l'obbligo di inserimento della clausola sociale (contratto collettivo, Codice dei contratti pubblici) ... Allo scopo di consentire ai concorrenti di conoscere i dati del personale da assorbire, la stazione appaltante indica gli elementi rilevanti per la formulazione dell'offerta nel rispetto della clausola sociale, **in particolare i dati relativi al personale utilizzato nel contratto in corso di esecuzione**, quali: numero di unità, monte ore, CCNL applicato dall'attuale appaltatore, qualifica, livelli retributivi, scatti di anzianità, sede di lavoro, eventuale indicazione dei lavoratori assunti ai sensi della legge 12 marzo 1999, n. 68, ovvero mediante fruizione di agevolazioni contributive previste dalla legislazione vigente. **È fatto salvo il diritto dei concorrenti di richiedere, in modo analitico, alla stazione appaltante i dati ulteriori ritenuti necessari per la formulazione dell'offerta nel rispetto della clausola sociale ...** La stazione appaltante prevede, nella documentazione di gara, che il concorrente alleggi all'offerta un progetto di assorbimento, comunque denominato, atto ad illustrare le concrete modalità di applicazione della clausola sociale, con particolare riferimento al numero dei lavoratori che beneficeranno della stessa e alla relativa proposta contrattuale (inquadramento e trattamento economico). La mancata presentazione del progetto, anche a seguito dell'attivazione del soccorso istruttorio, equivale a mancata accettazione della clausola sociale" (cfr. Linee Guida n. 13 - delibera n. 114 del 13.2.2019). Ne deriva che l'obbligo di riassorbimento, non solo deve essere compatibile con l'organizzazione aziendale, ma essere basato sui dati storici del precedente accordo quadro: per effetto di ciò si riesce a contenere quell'aleatorietà che si assume ostativa alla presentazione del relativo piano.*

CONSIDERATO quanto sopra, si rileva che, alla luce delle caratteristiche della clausola in esame, i rilievi dell'istante non appaiono dotati del necessario pregio, tenuto conto che l'accoglimento degli stessi avrebbe, in prima analisi, l'effetto di vanificare la *ratio* della clausola sociale stessa: il rinvio condizionato (al momento degli ordini e nei limiti di questi) del riassorbimento del personale già occupato dall'o.e. uscente andrebbe a imporre elementi di incertezza sulla "stabilità occupazionale" che invece il legislatore ha individuato come uno degli obiettivi primari della norma, e che per effetto di ciò verrebbe chiaramente disatteso, anche in presenza dell'accordo quadro. Decisiva peraltro appare la ulteriore considerazione per cui, se per effetto dell'aleatorietà dell'accordo quadro, si dovesse ipoteticamente ritenere il riassorbimento del personale possibile solo all'effettiva formulazione degli ordini e nei limiti di questa, tale evento sarebbe ascrivibile alla stregua di una condizione potestativa alla clausola sociale, non prevista dalla disciplina di riferimento, e sulla cui legittimità sussiste più di un dubbio;

RITENUTO infine che, anche diversamente argomentando, la stima del reale fabbisogno (che secondo l'istante sarebbe invece falsata dall'aleatorietà del contratto e quindi valutabile solo ex post), avrebbe dovuto essere garantita dal c.d. progetto di assorbimento del personale, la cui tempestiva predisposizione e presentazione, correttamente prevista a pena di esclusione nella *lex specialis*, è stata invece completamente omessa dall'istante, di fatto vanificando ogni sua ulteriore pretesa. Su un piano più concreto, peraltro, non può che convenirsi con il rilievo della stazione appaltante secondo cui anche laddove si volesse ipoteticamente ritenere corretto l'assorbimento condizionato del personale all'effettuazione degli ordini, l'o.e. non ne trarrebbe nessuna garanzia contro l'aleatorietà dell'accordo quadro, giacché la stazione appaltante potrebbe legittimamente far scattare l'obbligo di integrale



riassorbimento con un primo ordine e già al secondo ordine, altrettanto legittimamente, ridurre o azzerare la richiesta del servizio;

RILEVATO quanto sopra, pertanto, poiché l'o.e. istante non ha contestato nessun ulteriore profilo della clausola sociale, se non nei termini anzidetti relativamente alle tempistiche di assorbimento del personale già occupato, la condotta della stazione appaltante appare conforme alla disciplina di riferimento;

Il Consiglio

Ritiene, nei termini di cui in motivazione e nei limiti del sindacato della scrivente Autorità, che:

- l'operato della stazione appaltante è conforme alla normativa di riferimento in particolare l'art. 57, co. 1 e l'art. 59 del d.lgs 36/2023;

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 16 dicembre 2024

Il Segretario Laura Mascali

Firmato digitalmente