



Autorità Nazionale Anticorruzione

Il Presidente

FISE Assoambiente
27 maggio 2015

AG-15/2015/AP

Oggetto: *FISE Assoambiente – istanza di parere 13 febbraio 2015 prot. 16212 – Servizi di igiene urbana e ambientale – Imponibile di manodopera – Specificità settoriale - Previsione presente in contratto collettivo nazionale di lavoro di settore – Previsione contenuta in legge - Clausola sociale in atti di gara – Relazioni tra le fonti*

Condizioni particolari di esecuzione – Servizi di igiene urbana e ambientale – Imponibile di manodopera – Specificità settoriale - Previsione presente in contratto collettivo nazionale di lavoro di settore – Previsione contenuta in legge - Clausola sociale in atti di gara – Relazioni tra le fonti

In esito a quanto richiesto con nota del 13 febbraio 2015, acquisita al prot. 16212, si rappresenta che il Consiglio dell’Autorità, nell’adunanza del 27 maggio 2015, ha approvato le seguenti considerazioni.

Codesta Associazione asserisce che – nell’ambito della contrattazione collettiva del proprio settore (gestione dei rifiuti, bonifiche e servizi di igiene ambientale) – la disciplina prevede che sia posto in capo all’azienda subentrante l’obbligo di procedere, in presenza di condizioni di equivalenza nell’erogazione del servizio e nel doveroso rispetto della disciplina prevista, all’assunzione ex novo di tutto il personale addetto allo specifico appalto/affidamento attualmente in forza presso l’azienda cessante (art. 6 CCNL di settore); aggiunge, inoltre, che tale obbligo sarebbe prevalente su una clausola sociale eventualmente difforme, anche in virtù di quanto previsto dalla legge, la quale dispone che *“Il personale che, alla data del 31 dicembre 2005 o comunque otto mesi prima dell’affidamento del servizio, appartenga alle amministrazioni comunali, alle aziende ex municipalizzate o consortili e alle imprese private, anche cooperative, che operano nel settore dei servizi comunali per la gestione dei rifiuti sarà soggetto, ferma restando la risoluzione del rapporto di lavoro, al passaggio diretto ed immediato al nuovo gestore del servizio integrato dei rifiuti, con la salvaguardia delle condizioni contrattuali, collettive e individuali, in atto. Nel caso di passaggio di dipendenti di enti pubblici e di ex aziende municipalizzate o consortili e di imprese private, anche cooperative, al gestore del servizio integrato dei rifiuti urbani, si applica, ai sensi dell’articolo 31 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, la disciplina del trasferimento del ramo di azienda di cui all’articolo 2112 del codice civile”* (art. 202, comma 6, D. lgs 3 aprile 2006, n. 152, recante Norme in materia ambientale - cd Codice dell’ambiente).

Il richiedente richiama correttamente una sintesi di numerosi precedenti dell’Autorità sul tema della clausola sociale contenente la previsione dell’assunzione dei dipendenti del precedente appaltatore, cd imponibile di manodopera, ricordando che in detti pareri è stato affermato che l’obbligo di reperimento dei lavoratori dal precedente affidatario può essere consentito soltanto previa valutazione di compatibilità con l’organizzazione di impresa nel duplice senso che sia il numero di lavoratori, sia la loro qualifica devono essere armonizzabili con l’organizzazione d’impresa della ditta neo aggiudicataria e con le esigenze tecnico- organizzative previste (ex multis, Parere sulla normativa AG 44/2013), in quanto la clausola sociale non può alterare o forzare la valutazione dell’aggiudicatario in ordine al dimensionamento e all’organizzazione di impresa. Ciò posto, il richiedente osserva che laddove sia presente una disciplina settoriale, da contrattazione collettiva o da obblighi di legge, essa debba considerarsi prevalente. Nel caso concreto, il richiedente rappresenta che - nel settore specifico



Autorità Nazionale Anticorruzione

Il Presidente

che esso rappresenta – tanto i contratti collettivi quanto la disciplina di legge dispongono che sia data integrale assunzione di tutto il personale addetto presso l'azienda cessante.

In particolare, l'istante richiama il parere dell'Avcp 25 febbraio 2010, n. 44 nel quale è stato espresso che *“in una procedura per l'affidamento della concessione di accertamento e riscossione delle entrate comunali, non è conforme alla normativa di settore la clausola dei documenti di gara che imponga al concessionario entrante di assumere i dipendenti di quello uscente. La previsione di un siffatto obbligo, infatti, appare giustificabile solo nei limiti in cui lo stesso sia imposto da specifiche disposizioni di legge o dalla contrattazione collettiva nazionale di riferimento. La clausola in questione, altrimenti, risulterebbe senz'altro lesiva della concorrenza, scoraggiando la partecipazione alla gara e limitando ultroneamente la platea dei partecipanti, nonché sarebbe atta a ledere la libertà di impresa, riconosciuta e garantita dall'art. 41 della Costituzione”*.

E' noto e ormai consolidato, infatti, che il vincolo che la pubblica amministrazione nelle condizioni di gara può imporre discrezionalmente incontra un limite nella intrinseca compatibilità con l'organizzazione dell'impresa subentrante. Afferma chiaramente il Consiglio di Stato che tale clausola sociale *“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).

Preme precisare che il Codice dei contratti pubblici accorda all'Autorità il potere di esprimersi, a richiesta delle stazioni appaltanti in procinto di bandire una gara, sulla compatibilità con il diritto comunitario delle eventuali condizioni particolari di esecuzione, attinenti a esigenze sociali o ambientali, prescritte nei bandi di gara o negli inviti. Occorre evidenziare, invece, che la richiesta di parere *de qua* implica una valutazione sulle clausole sociali di imponibile di manodopera contenute nei Contratti collettivi nazionali di lavoro e su un particolare caso, contenuto nel Codice dell'ambiente (D.lgs 152/2006).

Va ricordato che la clausola sociale di imponibile di manodopera (nota anche come clausola di «protezione» o di «salvaguardia» sociale, o anche come «clausola sociale di assorbimento»), è un istituto che opera nella ipotesi di cessazione di un appalto e conseguente subentro di nuove imprese. Essa risponde all'esigenza di assicurare la continuità dell'occupazione, nel caso di naturale discontinuità dell'affidatario.

L'orientamento consolidato dell'Autorità afferma che 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

Tale indirizzo è confermato dalla giurisprudenza. 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' atta a ledere la*



Autorità Nazionale Anticorruzione

Il Presidente

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).

Va osservato che – a differenza del medesimo obbligo disposto con clausola sociale nei bandi di gara, unilateralmente e discrezionalmente disposti dalle stazioni appaltanti – tale clausola potrebbe apparire astrattamente ammissibile nella contrattazione collettiva e, di fatto, essa è espressamente contemplata in numerosi CCNL. In tal senso, è chiaro che, se la clausola sociale inserita in un bando di gara necessita della valutazione di compatibilità con il diritto comunitario da parte dell'Autorità, così come richiesto dal Codice, la stessa valutazione non è imposta da alcuna norma con riguardo alla contrattazione collettiva. L'obbligo derivante da una clausola di tal genere disposta in un accordo collettivo è, infatti, sottoposto alla trattativa tra le parti, nella quale rientrano – per sua natura, anche in virtù dell'autonomia negoziale ex art. 1322 e 1372 cc - considerazioni e bilanciamento di interessi relativi all'organizzazione delle imprese e del mercato. Astrattamente, dunque, sembrerebbe possibile che la contrattazione collettiva possa disporre l'integrale assorbimento del personale nel caso di subentro/avvicendamento nel medesimo servizio tra imprese, come prevede, d'altra parte, l'evocato art. 6 del "CCNL per i dipendenti da imprese e società esercenti servizi ambientali, 5 aprile 2008", per il caso di avvicendamento di imprese nella gestione dell'appalto/affidamento di servizi. Dispone, infatti, l'articolo del richiamato Contratto collettivo che "l'impresa subentrante assume "ex novo", senza effettuazione del periodo di prova, tutto il personale in forza a tempo indeterminato – ivi compreso quello in aspettativa ai sensi dell'art. 31 della legge n. 300/1970 nonché quello di cui all'art. 59, lett. c) del vigente c.c.n.l. – addetto in via ordinaria allo specifico appalto/affidamento che risulti in forza presso l'azienda cessante nel periodo dei 240 giorni precedenti l'inizio della nuova gestione in appalto/affidamento previsto dal bando di gara e alla scadenza effettiva del contratto".

A tal riguardo, pare opportuno tuttavia rilevare che almeno parte della giurisprudenza si esprime considerando la clausola sociale nella contrattazione collettiva alla stessa stregua di quella contenuta nei bandi di gara. In tal senso, è stato affermato che "gli obblighi di assunzione derivanti dai CCNL e dalla c.d. clausola sociale in materia di gare pubbliche, devono essere interpretati e osservati nei limiti di capienza dell'organico apprestato dal nuovo imprenditore, cui non può essere impedito di predisporre un progetto tecnico diverso da quello del precedente gestore con diverso e più limitato utilizzo di risorse, perché una tale costrizione violerebbe la libertà di iniziativa economica e sarebbe in contrasto con la logica stessa della attività di impresa" (T.A.R. Emilia-Romagna Bologna Sez. II, 09-11-2012, n. 672. Analogamente, T.A.R. Abruzzo Pescara Sez. I, 02-01-2015, n. 6).

Con riguardo ad una clausola sociale prevista in una disposizione di legge, possono essere svolte considerazioni analoghe, sotto altro profilo, non senza aver ricordato che il controllo di compatibilità con i principi comunitari è veicolato, *ex ante*, dal necessario procedimento parlamentare ed, *ex post*, dalla verifica di legittimità costituzionale della Corte costituzionale, presso la quale si porrà eventualmente lo scrutinio in relazione all'art. 41 Cost., sulla scorta di quanto già avvenuto con Corte cost., sentenza 23 dicembre 1994, n. 446.

E' noto, infatti, che 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 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



Autorità Nazionale Anticorruzione

Il Presidente

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 rettammente 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. (Non fondatazza, 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).

Inoltre, ad un attento esame della disposizione concretamente richiamata dall’istante (art. 202, D.lgs 152/2006) secondo un criterio interpretativo logico- sistematico, sorgono perplessità con riguardo all’ultrattività della norma stessa, da assumere quale clausola sociale da applicare *pro futuro* a tutti i bandi per l’affidamento del servizio ambientale in parola. Si ravvisa, infatti, che detta norma è inserita nel chiaro contesto del neo istituito servizio di gestione integrata dei rifiuti, la cui gestione è affidata alle Autorità di Ambito contestualmente previste (art. 201), in sostituzione delle gestioni frammentate del medesimo servizio su base comunale. In tal senso, l’art. 202 dispone, al comma 1, che “*l’Autorità d’ambito aggiudica il servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani mediante gara disciplinata dai principi e dalle disposizioni comunitarie, secondo la disciplina vigente in tema di affidamento dei servizi pubblici locali in conformità ai criteri di cui all’art. 113, comma 7, del D.lgs 18 agosto 2000, n. 267 (...)*”.

Entro tale quadro, il comma 6 dispone che “*Il personale che, alla data del 31 dicembre 2005 o comunque otto mesi prima dell’affidamento del servizio, appartenga alle amministrazioni comunali, alle aziende ex municipalizzate o consortili e alle imprese private, anche cooperative, che operano nel settore dei servizi comunali per la gestione dei rifiuti sarà soggetto, ferma restando la risoluzione del rapporto di lavoro, al passaggio diretto ed immediato al nuovo gestore del servizio integrato dei rifiuti, con la salvaguardia delle condizioni contrattuali, collettive e individuali, in atto (...)*”. Si deve osservare che la norma fissa una data per il passato (la data del 31 dicembre 2005 è antecedente rispetto alla data di promulgazione e a quella di entrata in vigore della legge, 3 aprile 2006) e non un termine per il futuro (“entro tale data”). Lo scopo della norma, infatti, sembrerebbe quello di cristallizzare lo *status quo* del personale del servizio già definito al primo comma, nelle more di un transito in cui potrebbero essere inserite surrettizie assunzioni di personale, in aggravio alla futura gestione. In questo senso, l’uso del connettivo logico “*o comunque*” (disgiuntiva esclusiva) non può riferirsi ai futuri affidamenti del servizio, ma rappresenta un’alternativa da leggersi sullo stesso piano del servizio *de quo*, nel caso in cui non venga dato corso in breve all’affidamento del nuovo servizio e detta in alternativa il termine di otto mesi precedenti il nuovo bando come termine minimo a partire dal quale si debba considerare l’illegittimità di nuove assunzioni. Appare chiaro pertanto che la *ratio* della norma è chiaramente quella di



Autorità Nazionale Anticorruzione

Il Presidente

agevolare il passaggio da un sistema organizzativo a un altro e non pare che l'enunciato della seconda parte possa essere esteso a tutti gli affidamenti degli anni futuri del servizio di gestione integrata dei rifiuti.

In conclusione, si ritiene che l'accordo negoziale di contrattazione collettiva, in ragione della sua natura pattizia, possa essere considerato astrattamente idoneo a fondare un principio di integrale assorbimento di manodopera nel caso di avvicendamento nella gestione del contratto, fermo restando che l'applicabilità della suddetta clausola, prevista in un CCNL, è chiaramente limitata alle imprese che applicano tale CCNL e agli specifici ambiti contrattuali dallo stesso disciplinati; e fermo restando che la giurisprudenza, anche con riguardo ai contratti collettivi, esprime perplessità di compatibilità costituzionale sulla legittimità dell'integrale assorbimento.

In considerazione della competenza dell'Autorità a pronunciarsi sulla materia delle clausole sociali nei bandi di gara e nella contrattualistica pubblica, la presente pronuncia assume carattere meramente ricognitivo con riguardo alle clausole sociali nella contrattazione collettiva. Si ritiene necessario, in tal senso, che codesta Associazione rimetta gli atti al Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, per competenza.

Raffaele Cantone