

Il Consiglio di Stato si pronuncia sulla clausola sociale

Autore: Laura Facondini

In: Giurisprudenza commentata

La clausola sociale è un istituto volto a salvaguardare i livelli occupazionali e le condizioni di lavoro accordati dalle imprese aggiudicatrici ai lavoratori nel caso di aggiudicazione ad altro operatore economico da parte della stazione appaltante. La clausola sociale viene inserita negli atti di gara e per darne applicazione la stazione appaltante può adottare due tecniche differenti. In primo luogo, la stazione appaltante può inserire la clausola come obbligo a cui dovrà attenersi nella fase di esecuzione del contratto l'operatore economico aggiudicatario della gara, in tal caso l'operatore economico in seguito all'accettazione della clausola è obbligato alle condizioni indicate nella stessa. Altrimenti, la stazione appaltante può inserire la clausola sociale nel momento valutativo ed inserirla tra i criteri di valutazione tecnica, nell'ambito del criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'articolo 95 comma 2 D.lgs. 50/2016.

Tuttavia, la clausola sociale deve essere interpretata in modo conforme ai principi nazionali e dell'Unione europea in materia di libertà di iniziativa imprenditoriale, in modo da non limitare la libertà di iniziativa economica e, comunque, evitando di attribuirle un effetto automaticamente e rigidamente escludente. Proprio in linea alla salvaguardia della libertà di iniziativa economica ed imprenditoriale si pone la recente pronuncia del Consiglio di Stato, Sezione V, sentenza n. 6761 del 2/11/2020, laddove afferma che la scelta sulle concrete modalità di attuazione della clausola spettano allo stesso operatore, anche attraverso la formulazione del "progetto di assorbimento".

Una recente pronuncia del Consiglio di Stato sulla clausola sociale

Il **Consiglio di Stato, Sezione V, sentenza n. 6761 del 2/11/2020** ha affermato che è rimessa al concorrente la scelta sulle concrete modalità di attuazione della clausola, incluso l'inquadramento da attribuire al lavoratore, spettando allo stesso operatore formulare eventuale "proposta contrattuale" al riguardo, anche attraverso il cd. "progetto di assorbimento", effettivamente introdotto dall'art. 3, ultimo comma, delle Linee guida Anac n. 13.

È stato recentemente sottolineato come la clausola non comporti "alcun obbligo per l'impresa aggiudicataria di un appalto pubblico di assumere a tempo indeterminato ed in forma automatica e

generalizzata, nonché alle medesime condizioni, il personale già utilizzato dalla precedente impresa o società affidataria, ma solo che l'imprenditore subentrante salvaguardi i livelli retributivi dei lavoratori riassorbiti in modo adeguato e congruo" (cfr. Cons. Stato, sentenza n. 6148 del 2019). L'obbligo di garantire ai lavoratori già impiegati le medesime condizioni contrattuali ed economiche non è assoluto né automatico e per tali ragioni va escluso che la clausola sociale possa implicare la necessaria conservazione dell'inquadramento e dell'anzianità del lavoratore assorbito dall'impresa aggiudicataria.

La disciplina delle clausole sociali

Ai sensi dell'**art. 50 del Codice degli appalti** "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 inseriscono, 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."

La stazione appaltante, sussistendo le condizioni soggettive e oggettive di applicazione dell'art.50 del Codice dei contratti pubblici inserisce la clausola sociale all'interno del bando di gara.

Con il termine clausola sociale si intende quella previsione, normativa o negoziale, che impone specifici obblighi a carico dei soggetti appaltatori o concessionari di servizi pubblici, nella fase di esecuzione dell'appalto. La clausola sociale in conformità alle **linee guida n. 13 ANAC sono clausole "volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato"**.

Esaminando le singole tipologie di clausole sociali, si possono distinguere due diverse clausole. In primo luogo, le clausole di imponente di manodopera, le quali determinano il riassorbimento del personale del precedente affidatario uscente. Altra tipologia di clausola sociale è quella di inserimento lavorativo di soggetti svantaggiati, le quali determinano l'obbligo di avvalersi di persone svantaggiate in una misura non inferiore ad una determinata percentuale minima calcolata prendendo come parametro di riferimento il totale della forza lavoro dell'impresa aggiudicataria ed attraverso l'adozione di strumenti e programmi volti a re-inserire tali persone nel mondo del lavoro.

La clausola sociale può essere applicata nel caso di servizi ad alta intensità di manodopera, ovvero quelli nei quali il costo della manodopera è pari almeno al 50 per cento dell'importo totale del contratto.

Inoltre, le stazioni appaltanti possono prevedere la clausola sociale anche in appalti non ad alta intensità di manodopera, con esclusione: dei servizi di natura intellettuale; degli appalti di fornitura e degli appalti di natura occasionale.

Clausola sociale interpretata in modo da non attribuirle un effetto automaticamente e rigidamente escludente

La clausola sociale è un istituto che potrebbe sollevare alcune problematiche poiché da un lato può avere effetti restrittivi sul corretto esplicarsi delle regole a tutela della concorrenza e dall'altro potrebbe incidere nella sfera giuridica dell'appaltatore ed in particolare sulla sua libertà di iniziativa economica, diritto tutelato dall'articolo 41 della Costituzione. Proprio a tutela di tale ultimo aspetto la clausola sociale non può essere interpretata in modo da attribuirle un immediato effetto escludente.

La clausola sociale deve essere interpretata conformemente ai principi nazionali e dell'Unione europea in materia di libertà di iniziativa imprenditoriale e di concorrenza, risultando altrimenti lesiva dei richiamati principi nel senso di scoraggiare la partecipazione alla gara e di limitare eccessivamente la platea dei partecipanti (**Sentenza n.44 del 9 agosto 2019 del Tribunale Amministrativo Regionale della Valle D'Aosta**). Pertanto, tale clausola deve essere interpretata in modo da non limitare la libertà di iniziativa economica e, comunque, **evitando di attribuirle un effetto automaticamente e rigidamente escludente**.

Tale principio è stato confermato dal Consiglio di Stato, Commissione speciale, parere n. 2703/2018, del 21 novembre 2018, reso sulle Linee guida recanti la disciplina delle clausole sociali (Art. 50 del D. Lgs. n. 50 del 2016, come modificato dal D. Lgs. n. 56 del 2017), che ha precisato che la prescrizione delle clausole sociali non può che avvenire che nel "rispetto della libertà di iniziativa economica privata, garantita dall'art. 41 Cost., ma anche dall'art. 16 della Carta di Nizza, che riconosce "la libertà di impresa", conformemente alle legislazioni nazionali". E' in base al necessario rispetto di tale principio che secondo costante giurisprudenza del Consiglio di Stato, (Consiglio di Stato. sez. III 27 settembre 2018 n. 5551 e sez. V 28 agosto 2017 n. 4079), l'obbligo di riassorbimento del personale imposto dalla clausola in questione deve essere inteso in modo compatibile con l'organizzazione di impresa prescelta dall'imprenditore subentrante (Consiglio di Stato, sez. III, 30 gennaio 2019, n. 750).

Tale interpretazione si pone in linea con il dettato dell'articolo 83 comma 8, il quale prevede la tassatività delle cause di esclusione, per garantire la più ampia partecipazione di operatori economici alle gare. Pertanto, qualora tali clausole non siano espressamente indicate quali escludenti, deve essere garantita la più ampia partecipazione. In presenza di prescrizioni ambigue, è, infatti, consolidato l'indirizzo giurisprudenziale secondo il quale la necessità di garantire la massima partecipazione alle gare impone una interpretazione estensiva delle predette clausole, da applicare a fortiori nel caso in cui le stesse si presentino di dubbia compatibilità con i principi costituzionali e del diritto dell'Unione europea (cfr. Consiglio di Stato, V, 31 maggio 2018, n. 3262).

Volume consigliato

<https://www.diritto.it/il-consiglio-di-stato-si-pronuncia-sulla-clausola-sociale/>