

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 02/02/2015

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/36815-gare-d-appalto-e-legittimit-della-c-d-clausola-sociale>

Autori: Daniela Castronovo, Giacomo Cascio

Gare d'appalto e legittimità della c.d. clausola sociale.

GARE D'APPALTO E LEGITTIMITÀ DELLA C.D. CLAUSOLA SOCIALE.

A cura di Daniela Castronovo e Giacomo Cascio

Nell'ambito dell'affidamento di servizi pubblici (ristorazione, igiene ambientale, pulizia etc) avvengono frequenti cambi di appalto, con la successione di diversi appaltatori nella esecuzione di un servizio per conto del medesimo committente. Tale prassi comporta il transito del personale impiegato nell'appalto da un'impresa all'altra, generando un turnover fisiologico di comparto, con importanti riflessi sui livelli occupazionali, che vengono garantiti dall'ordinamento con la clausola sociale o di riassorbimento. Con il termine clausola sociale devono intendersi quelle previsioni, di fonte normativa o pattizia, che impongono specifici obblighi a carico dei soggetti appaltatori o concessionari di pubblici servizi, nella fase di esecuzione dell'appalto che condizionano o limitano la libertà di iniziativa economica e i principi dell'economia di mercato, subordinandoli ad interessi collettivi socialmente rilevanti.

L'art. 69 del D.lgs. 163/2006, recante il titolo "*Condizioni particolari di esecuzione del contratto prescritte nel bando o nell'invito*", prevede che le stazioni appaltanti possano esigere condizioni particolari per l'esecuzione del contratto, attinenti a esigenze sociali o ambientali, purché siano compatibili con il diritto comunitario e, tra l'altro, con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, e purché siano precisate nel bando di gara, o nella lettera invito.

In applicazione alla predetta disposizione, le stazioni appaltanti, nei bandi, nelle lettere invito, nei CSA e nei disciplinari di gara prevedono la c.d. "Clausola Sociale" ovvero l'obbligo per l'impresa aggiudicataria che subentra nell'esecuzione del servizio di assicurare i livelli occupazionali, procedendo all'assunzione del personale, già in forza nell'impresa cessante.

Tali clausole generalmente sono previste dai CCNL di categoria, ad esempio l'art. 4 del CCNL per le Imprese di Pulizia, l'art. 6 del CCNL FISE e vengono richiamate dalle Stazioni appaltanti, che

spesso trascrivono in seno al CSA gli stessi articoli dei CCNL di categoria ovvero clausole di stile del tipo *“l’impresa vincitrice della gara deve mantenere il livello occupazionale con la conferma ... di tutto il personale in servizio salvaguardando la qualifica e il livello dei lavoratori”*.

Tali clausole anche dette di *“protezione”* o anche *“clausola sociale di assorbimento”* sono previste oltre che dall’art. 69, d.lgs. n. 163/2006, anche da specifiche disposizioni legislative statali quali l’art. 63, comma 4, d.lgs. n. 112/1999, l’art. 29, comma 3, d.lgs. n. 276/2003, e trovano applicazione nelle ipotesi di cessazione di un appalto e di subentro di altre imprese appaltatrici. Le suddette norme rispondono all’esigenza di assicurare la continuità del servizio e dell’occupazione, nel caso di discontinuità dell’affidatario.

La legittimità delle clausole di riassorbimento ha originariamente avuto una interpretazione negativa, tanto che l’Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici, oggi ANAC, con il parere di precontenzioso n. 44/2010, aveva sostenuto che, salvo le ipotesi di espressa previsione di legge o di CCNL di riferimento, l’obbligo di assunzione del personale, già adibito allo svolgimento del servizio oggetto dell’appalto, era irragionevole ed ingiustificato, in quanto lesivo della concorrenza e della libertà di impresa riconosciuta garantita dall’art. 41 Cost..

Infatti l’imprenditore, in virtù della predetta clausola avrebbe visto comprimersi la propria libertà di scelta nell’organizzare il proprio *“lavoro”* acquisito in virtù dell’aggiudicazione di un appalto e in particolare organizzare lavoratori, mezzi e attrezzature, di cui avvalersi nell’espletamento del servizio, senza essere vincolato a riassorbire il personale già in servizio.

La Giurisprudenza amministrativa, a differenza dell’AVCP, ha invece elaborato una interpretazione di apertura rispetto alle clausole di riassorbimento elaborando i seguenti principi:

- La clausola sociale è legittima allorché viene interpretata nel senso che l’appaltatore subentrante deve prioritariamente assumere gli stessi addetti che operavano alle dipendenze dell’appaltatore uscente, ma solo a condizione che il loro numero e la loro qualifica siano armonizzabili con l’organizzazione d’impresa prescelta dall’imprenditore subentrante, e ciò sulla base del

presupposto che l'iniziativa economica privata è sì libera, ma deve avere riguardo anche all'utilità sociale (Cons. St., sez. VI, 27 novembre 2014, n. 5890, sez. III, 9 luglio 2013, n. 3639, e 5 aprile 2013 n. 1896, e sez. IV, 2 dicembre 2013 n. 5725, ed, ancora più di recente, TAR Puglia, sez. Lecce, sez. II, 1° dicembre 2014, n. 2986).

- La clausola sociale, ove richiamata dal bando, ha sì portata cogente, ma nel senso che l'offerente non può ridurre *ad libitum* il numero di unità da impiegare nell'appalto (potendo, peraltro, impugnare la clausola del bando ove il numero di unità fino a quel momento adibito al servizio sia incongruo e sovrabbondante; così Cons. St., sez. IV, 2 dicembre 2013 n. 5725), senza, però, che tale clausola comporti l'obbligo per l'impresa aggiudicataria di assumere a tempo indeterminato ed in forma automatica e generalizzata tutto il personale già utilizzato dalla precedente impresa affidataria del servizio.
- L'inosservanza della clausola di riassorbimento non comporta l'automatica e rigida esclusione dalla gara.

L'applicazione della clausola sociale di riassorbimento pone rilievi anche sotto il profilo della maggior spesa che le amministrazioni pubbliche sono chiamate a sopportare per garantire i livelli occupazionali dei lavoratori in forza nelle imprese cessanti che spesso risultano in eccesso allorché le imprese aggiudicatarie introducano strumenti nuovi e tecnologicamente avanzati capaci di aumentare i livelli di produzione con l'impiego di un numero inferiore di personale.

Secondo una recente pronuncia del Consiglio di Stato (Consiglio di Stato, sez. III, sentenza n. 2533 del 10 maggio 2013) l'esigenza di mantenimento dei livelli occupazionali garantita dalla previsione della clausola sociale di riassorbimento, deve trovare un giusto temperamento, ove possibile, tra le contrapposte esigenze di consentire, risparmi di spesa pubblica e il rispetto della libertà di organizzazione del lavoro dell'impresa. Considerato ciò, *“l'esigenza del mantenimento dei livelli occupazionali (...) non può impedire all'imprenditore di organizzare la propria impresa nella maniera ritenuta maggiormente efficiente. L'amministrazione quindi non può ritenersi vincolata in*

maniera indefinita ad utilizzare un servizio con un numero di addetti variabile solo in aumento, nonostante l'evoluzione tecnologica consenta la realizzazione del servizio con un numero minore di addetti, con corrispondente risparmio di spesa pubblica”.

Secondo tale orientamento la clausola sociale potrà essere derogata ogni qual volta l'impresa subentrante facendo ricorso a nuovi strumenti tecnici o informatici riorganizzi l'esecuzione dell'appalto, con l'impiego di minore forza lavoro, producendo significativi risparmi di spesa. Si pensi negli appalti di igiene urbana in cui il servizio di spazzamento venga riorganizzato dall'impresa aggiudicataria, trasformandolo da spazzamento manuale a spazzamento meccanizzato, oppure per le società che gestiscono servizi aeroportuali installare apparecchiature automatiche per il check-in. Ciò comporta una riduzione del personale da impiegare il cui costo negli appalti di servizi è la componente maggiore, e un sicuro risparmio di spesa per l'amministrazione.

La clausola sarà invece inderogabile, quando il servizio è organizzato dall'impresa subentrante con le stesse sostanziali modalità con le quali era organizzato dal gestore uscente.

In tale contesto, un ruolo determinante gioca la stazione appaltante che, al fine di evitare l'illegittima elusione della clausola sociale di riassorbimento, è chiamata a verificare l'effettivo mutamento tecnico organizzativo del servizio, proposto dall'impresa aggiudicataria, che non renda più necessario l'impiego di tutto il personale precedentemente utilizzato per il servizio e che comporti un evidente risparmio di spesa per l'amministrazione.

Sulla legittimità della clausola sociale, nel contesto di una procedura di affidamento del servizio di pulizia, sanificazione e sanitizzazione, si è recentemente espresso il TAR Abruzzo Sez., con la sentenza n.6 del 2 gennaio 2015. La decisione in rassegna sottolinea che detta clausola è legittima, purchè la si interpreti “...nel senso che l'appaltatore subentrante deve prioritariamente assumere gli stessi addetti che operavano alle dipendenze dell'appaltatore uscente, ma solo a condizione che il loro numero e la loro qualifica siano armonizzabili con l'organizzazione d'impresa prescelta dall'imprenditore subentrante, sulla base del presupposto che l'iniziativa economica è si libera, ma

deve avere riguardo anche all'utilità sociale" . Dunque, a giudizio del Collegio, la clausola deve intendersi nel senso che essa “...*non comporta l'obbligo per l'impresa aggiudicataria di assumere a tempo indeterminato ed in forma automatica e generalizzata tutto il personale già utilizzato dalla precedente impresa affidataria del servizio*”, potendo l'impresa offerente introdurre”...*lievi modifiche al precedente livello dell'occupazione*”.

Si ritiene in fine opportuno segnalare l'orientamento della Corte di Giustizia CE che ha avuto modo di pronunciarsi in ordine alle clausole di salvaguardia dei livelli occupazionali in occasione della successione degli appalti, e ne ha affermato l'illegittimità.

In particolare si richiamano la sentenza CGCE 9 dicembre 2004, C-460/2002, Commissione delle Comunità Europee c. Repubblica italiana, e la sentenza CGCE 14 luglio 2005, C-386/2003, Commissione delle Comunità Europee c. Repubblica federale di Germania, entrambe relative al recepimento nazionale della direttiva 1996/67/CE, del 15 ottobre 1996, riguardante l'accesso al mercato dei servizi aeroportuali e finalizzata a garantirne il libero accesso ai prestatori dei servizi.

In entrambi i casi, la Corte di Giustizia ha censurato la legittimità delle clausole sociali tese alla salvaguardia della continuità occupazionale nel settore dei servizi aeroportuali, in caso di successione fra appaltatori. Tali clausole erano state adottate dai legislatori nazionali in conformità alle previsioni dell'art. 18, Dir. 1996/67/CE, che consentiva la possibilità di adottare misure dirette alla tutela dei diritti dei lavoratori.

In particolare, la disciplina italiana e quella tedesca avevano previsto in capo alle imprese di servizi di assistenza a terra di un aeroporto nazionale l'onere di assumere alle proprie dipendenze il personale impiegato dal precedente gestore in misura proporzionale alla quota di traffico o di attività acquisita.

Sia la disciplina italiana che quella tedesca sono state dichiarate non compatibili con le finalità della Dir. 1996/67/CE, in ragione della “non proporzionalità degli effetti restrittivi della concorrenza tra imprese nel mercato dei servizi aeroportuali, rispetto al fine di garantire la stabilità occupazionale

dei lavoratori”. Secondo la Corte di Giustizia, le clausole adottate dovevano ritenersi illegittime, poiché consentivano di esercitare una pressione sulle imprese che avessero voluto entrare nel mercato dei servizi aeroportuali di terra, vincolandole ad assumere i lavoratori già impiegati nei servizi di assistenza a terra e rendendo onerosa l'immissione di nuovi prestatori di servizi nel mercato. Né è possibile sostenere che le clausole di garanzia di continuità occupazionale siano legittime, per il solo fatto che trovano la loro fonte in norme pattizie, anziché nella legge.

Gli obblighi di riassorbimento sono stati ritenuti dalla Corte di Giustizia incompatibili con il diritto dell'Unione europea, in quanto comprimono l'apertura dei mercati, scoraggiando potenziali nuove concorrenti a causa del profilarsi di elevati costi del personale, non rimessi alle scelte imprenditoriali dell'aggiudicatario, con conseguente compressione della libertà d'impresa.

Le disposizioni dei CCNL, al pari delle altre disposizioni, contenute nella legge o nella *lex specialis* della gara, che prevedano il riassorbimento da parte dei nuovi gestori di personale del precedente esecutore dei servizi, ancorché non fondata, su un obbligo legale ma derivante da una imposizione in via di fatto, risultano incompatibili con il diritto europeo nella misura in cui producono l'effetto di porre a carico dei nuovi operatori i costi di gestione di chi li ha preceduti.

Interessante sul punto, un parere dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (rif. AG 41/12) del 23.01.2013, con il quale è stata valutata la compatibilità con il diritto dell'Unione europea della clausola sociale, inserita da una stazione appaltante nel Capitolato di un appalto pubblico, ove era previsto l'obbligo per l'impresa aggiudicataria di assorbire “**prioritariamente**” il personale già impiegato dal precedente affidatario per il periodo di durata dell'appalto. Il suddetto parere riporta il 33° considerando della Direttiva 2004/18/CE, il quale precisa che la compatibilità delle suddette previsioni con il diritto comunitario si ravvisa “*a condizione che tali clausole non siano direttamente o indirettamente, discriminatorie e siano indicate nel bando di gara o nel capitolato d'onere e, con specifico riguardo alle esigenze sociali contemplabili, afferma che tali condizioni possono essere finalizzate alla formazione professionale*”

nel cantiere, alla promozione dell'occupazione delle persone con particolari difficoltà di inserimento, alla lotta contro la disoccupazione o alla tutela dell'ambiente”.

Le norme comunitarie, dunque, chiariscono implicitamente che le clausole sociali possano costituire solo condizioni per l'esecuzione dell'appalto, **ma non possono costituire barriere all'ingresso**, nella forma della richiesta di elementi di ammissibilità dell'offerta.

La motivazione data sulla compatibilità della clausola con le norme comunitarie, giace sulla considerazione che la stazione appaltante ha correttamente incluso la clausola sociale nel Capitolato Speciale, rendendo manifesta la propria intenzione di coinvolgere nell'esecuzione dell'appalto, quei lavoratori o dipendenti del precedente aggiudicatario ed onorando in tal modo gli obblighi pubblicitari richiesti dalla norma. La clausola, inoltre, non introduce un requisito di capacità economico-finanziaria o tecnica, né stabilisce uno specifico criterio di valutazione dell'offerta migliore. Dunque, si conclude nel parere, *“...appaiono tutelate tanto le esigenze sociali, quanto la libertà imprenditoriale degli operatori economici potenziali aggiudicatari, i quali prendono su di sé l'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”.*

Avv. Giacomo Cascio

Avv. Daniela Castronovo