

Linee guida clausole sociali

CONTRIBUTI PERVENUTI

Sommario

A. AMMINISTRAZIONI PUBBLICHE E SOCIETÀ PUBBLICHE	2
1. Regione Lombardia.....	2
2. Itaca	3
3. Consip S.p.A.	5
4. Eni S.p.A.	9
5. Atersir	15
6. Ferrovie dello Stato S.p.A.	16
B) DIPENDENTI DI AMMINISTRAZIONI PUBBLICHE E SOCIETÀ PUBBLICHE	19
1. Michela Panziera – Comune di Montebelluna	19
C) ASSOCIAZIONI DI CATEGORIA/ORDINI E COLLEGI PROFESSIONALI	19
1. Angem.....	19
2. Anip- Confindustria.....	20
3. Anisgea	23
4. Assistal	25
5. Ass.i.v.....	25
6. Assosistema Confindustria	26
7. Assotrasporti	28
8. CGIL- CISL- UIL.....	32
9. Confcooperative	41
10. Finco	41
11. Fise Assoambiente.....	42
12. Legacoop.....	44
13. Utilitalia	47
D) ALTRI	50
1. Igi- Istituto grandi infrastrutture	50
E) OPERATORI ECONOMICI.....	51
1. Co.Me.S. Cooperativa mediateche sarde	51
2. Piero Pozzoli	51
3. Onofaro Antonino s.r.l.....	52

A. AMMINISTRAZIONI PUBBLICHE E SOCIETÀ PUBBLICHE

1. Regione Lombardia

Premesso che al paragrafo 2.4 è previsto che “La disciplina delle clausole sociali è inoltre applicabile ai settori speciali, in considerazione del richiamo operato dall’articolo 114, comma 1, del Codice dei contratti pubblici alla disciplina contenuta negli articoli da 1 a 58.”, quanto stabilito al paragrafo 3.2 (terzo alinea) che prevede che “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 del lavoro elaborata dal nuovo assuntore.”, risulta in linea con le disposizioni vigenti in materia di trasporto pubblico ovvero con l’art. 26 del R.D. 148/1931 (...mantenendo, per quanto è possibile, al personale un trattamento non inferiore a quello precedentemente goduto e assicurando i diritti acquisiti), richiamato dall’art.22 della legge della Regione Lombardia n. 6/2012 “Disciplina del settore dei trasporti”.

Al paragrafo 4, le linee guida trattano de “il rapporto con i contratti collettivi”, prevedendo che le imprese tenute all’applicazione del CCNL devono osservare la prescrizione relativa all’assorbimento del personale uscente, anche a prescindere dalla previsione ad hoc che la stazione appaltante inserisca nella lex specialis.

Nella nota esplicativa relativa al medesimo paragrafo, è illustrato che si è trattato di dover valutare se, nei casi in cui i CCNL prevedono specifici obblighi di riassorbimento, le stazioni appaltanti possano derogarvi, ma a tale quesito non appare fornita una chiara risposta, in quanto il paragrafo chiude, al punto 4.3, affermando che, in sostanza, l’applicazione delle clausole sociali deve in ogni caso avvenire in armonia con la disciplina recata dalle disposizioni contenute nei contratti collettivi di settore.

Nel settore trasporti, analizzando il CCNL autoferrotramvieri 2015-2017 che all’art. 16 "Appalti e trasferimenti d’azienda" prevede che “Le parti si danno atto che nei casi previsti per il trasferimento d’azienda si applicano l’art. 2112 c.c. e l’art. 47 della legge 29.12.1990, n. 428, e le successive modifiche e integrazioni, nonché l’art. 26 dell’all. A al R.D. n. 148/1931, in quanto applicabile.”, non si intravede uno specifico obbligo di riassorbimento di tutto il personale, disposizione, quindi, in linea con quanto disposto al sopra citato paragrafo 4.

Qualora, però, il nuovo CCNL disponesse diversamente, occorrerebbe capire quale disposizione sia applicabile in modo certo.

Inoltre, l’art. 48, c. 7 lett. e) del D.L. 50/2017 prevede la competenza in capo all’Autorità di Regolazione dei Trasporti (ART), a dettare regole generali in materia di:

.....

e)in caso di sostituzione del gestore a seguito di gara, previsione nei bandi di gara del trasferimento senza soluzione di continuità di tutto il personale dipendente dal gestore uscente al subentrante con l’esclusione dei dirigenti, applicando in ogni caso al personale il contratto collettivo nazionale di

settore e il contratto di secondo livello o territoriale applicato dal gestore uscente, nel rispetto delle garanzie minime disciplinate all'articolo 3, paragrafo 3, secondo periodo, della direttiva 2001/23/CE del Consiglio, del 12 marzo 2001. Il trattamento di fine rapporto relativo ai dipendenti del gestore uscente che transitano alle dipendenze del soggetto subentrante è versato all'INPS dal gestore uscente.

Nell'ottica di una efficace gestione dell'applicazione dell'istituto della clausola sociale, così come definita dall'art.50 del codice dei contratti, si ritiene utile suggerire alle stazioni appaltanti di adoperare lo strumento dell'offerta economicamente più vantaggiosa al fine di favorire la tutela occupazionale. In particolare, nell'ambito del disciplinare di gara, di sicura efficacia, è la previsione del "progetto di assorbimento" del personale impiegato quale elemento premiante dell'offerta tecnica.

Pertanto, occorre chiarire quali disposizioni siano applicabili in materia di trasporto pubblico, nel momento in cui l'ART darà attuazione alla disposizione normativa sopra riportata.

2. Itaca

Paragrafo 3 - Le clausole sociali negli affidamenti sopra soglia

(par. 3.2 – terza alinea) – Si ravvisa l'opportunità di integrare il paragrafo con una disciplina che chiarisca l'applicabilità della clausola sociale per il Soggetto aggregatore, al momento della prima attivazione di una fattispecie contrattuale prima non aggregata. Il contesto di riferimento potrebbe essere caratterizzato infatti da una molteplicità di contratti diversi o parcellizzati non solo territorialmente, ma anche rispetto all'oggetto (es. servizi accorpatisi in modo diverso, situazioni di utilizzo di strutture o dotazioni da mantenere che implicano l'organizzazione di attività/mansioni diverse, etc.), rendendo quasi impossibile la raccolta dati del personale da assorbire.

Due profili di soluzione:

- deroga all'applicazione per incompatibilità del contratto per la diversità delle attività oggetto di affidamento e per la difformità delle condizioni soggettive di accesso alla gara (scarsamente preferibile, per l'impatto sociale che produrrebbe l'attività del Soggetto aggregatore con il rischio di una disarticolazione della situazione socio occupazionale del territorio regionale);
- deroga esplicita all'onere di produrre dati di dettaglio (n. unità, monte ore o FTE, CCNL, qualifica, livelli retributivi, scatti di anzianità, sede di lavoro) con possibilità di offrire dati di carattere generale (CCNL applicato nel maggior numero dei casi, numero presunto operatori impiegati FTE o dati statistici). (Tale soluzione non appare lesiva).

– Non è chiaro cosa si intenda con riassorbimento del personale. Se con riassorbimento si intende che l'operatore economico subentrante nel "nuovo" appalto ha il dovere di fare un'offerta di lavoro ai lavoratori precedentemente occupati, vi è il concreto rischio di configurare una situazione di chiaro disfavore per l'operatore economico uscente rispetto a tutti gli altri che concorrono alla gestione del nuovo appalto. Ciò in quanto, vigente il principio di divieto di reformatio in peius nell'ambito dei trattamenti da riservare ai propri dipendenti, l'impresa uscente è l'unica che, dovendo mantenere occupati i propri lavoratori, è anche obbligata a garantire loro tutti i trattamenti economici e giuridici in essere, mentre tutte le altre imprese concorrenti, essendo tenute al mero "riassorbimento", potranno offrire ai lavoratori da riassorbire trattamenti meno favorevoli (es. retribuzioni più basse come neo assunti senza tenere conto dell'anzianità maturata a fini economici), con una evidente lesione di fatto della par condicio nella partecipazione della gara.

Inoltre nell'ordinamento generale si rinviene la norma di legge costituita dall'art. 29 comma 3 del D. Lgs. 276/2003 che reca "3. L'acquisizione del personale già impiegato nell'appalto a seguito di subentro di nuovo appaltatore dotato di propria struttura organizzativa e operativa, in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro o di clausola del contratto d'appalto, ove siano presenti

elementi di discontinuità che determinano una specifica identità di impresa, non costituisce trasferimento d'azienda o di parte d'azienda." (comma così sostituito dall'art. 30 della legge n. 122 del 2016).

Sembra quindi che il cambio appalto si debba intendere di regola come un trasferimento di ramo d'azienda (con le conseguenze del riconoscimento in capo ai lavoratori di tutti i titoli giuridici ed economici da questi posseduti, ad es. tutela reale del contratto di lavoro rispetto alle tutele crescenti, livello di retribuzione ecc.) mentre interviene una deroga a tale regime allorché il nuovo appaltatore, dotato di propria struttura organizzativa ed operativa -il che detto per inciso sovente non avviene negli appalti ad alta intensità di manodopera dove il soggetto economico entrante assorbe i lavoratori preesistenti- non presenti elementi di discontinuità che determinano una specifica identità d'impresa. In questo senso la linea guida che sembra non considerare il cambio di appalto un trasferimento di ramo d'azienda (il che richiama l'art. 2112 del codice civile), contrariamente a quanto reca la specifica normativa giuslavoristica, non considera nemmeno la necessità di preservare la parità di condizioni fra l'operatore economico uscente -si ribadisce vincolato al divieto di reformatio in peius del trattamento dei propri lavoratori - e tutti gli altri operatori economici.

Si richiede di valutare se l'obbligo di riassorbimento, specialmente allorché il CCNL applicabile nulla disponga in tal senso, sia una cautela che, oltre a non garantire le posizioni dei lavoratori impegnati nell'appalto, non garantisce nemmeno la parità di condizioni nella partecipazione alle gare. Occorrerebbe quantomeno riflettere sulla possibilità di recuperare il principio per il quale in presenza dell'obbligo di riassorbimento si conserva in capo al lavoratore riassorbito il livello economico maturato nel corso della propria anzianità di carriera. Paragrafo 4 – Il rapporto con i contratti collettivi Si ravvisa l'opportunità di integrare il paragrafo con una disciplina che chiarisca i casi in cui l'appaltatore subentrante applichi un CCNL diverso dall'appaltatore uscente.

Secondo la più recente elaborazione giurisprudenziale, sembra, infatti, che la vigente disciplina preveda due ipotesi differenti di clausole sociali.

La prima ricorre allorché l'obbligo di mantenimento del rapporto lavorativo in essere in caso di cambio di appaltatore è prevista direttamente dal contratto collettivo. In questa ipotesi l'amministrazione, in forza della previsione di cui all' art. 30 d.lgs. 50/16, è tenuta a prevedere il transito dei dipendenti dal vecchio al nuovo appaltatore senza che il nuovo appaltatore possa opporre la libertà di iniziativa economica per ottenere un'applicazione flessibile di tale obbligo. Tale obbligo è prescritto dallo stesso art. 30 d.lgs. 50/2016 che impone alla stazione appaltante l'applicazione del contratto collettivo. In questo caso deve escludersi che l'appaltatore subentrante possa cambiare il CCNL applicato ai dipendenti che deve assorbire, in quanto ammettere tale possibilità consentirebbe l'aggiramento della previsione dell'obbligo di conservazione del posto semplicemente mediante l'applicazione di un CCNL che non prevede tale garanzia per i lavoratori.

La seconda ipotesi riguarda invece il caso in cui in cui il CCNL di riferimento non contenga alcuna previsione sulla conservazione del posto in caso di subentro negli appalti. Tale ipotesi è disciplinata dall'art.50 d.lgs. 50/2016. Nei casi in cui il bando non contenga alcuna clausola sociale, va chiarito cosa accade allorché l'impresa uscente e l'impresa subentrante applichino due CCLN diversi e contenenti, rispettivamente, l'uno la clausola sociale e l'altro no.

Paragrafo 6 - Le clausole sociali diverse dal riassorbimento del personale.

In generale, da una prima osservazione, sembra che il paragrafo, rubricato "Le clausole sociali diverse dal riassorbimento del personale" in realtà faccia riferimento anche alle clausole ambientali. Sarebbe inoltre utile definire esattamente il concetto di "clausola sociale" con particolare riferimento ai soggetti. Un possibile riferimento potrebbe essere l'inserimento lavorativo della persona svantaggiata di cui alla L. 381/91 art. 4. Un altro riferimento è il concetto di lavoratore svantaggiato di cui al Decreto del Ministero del lavoro 17 ottobre 2017, laddove si censiscono lavoratori svantaggiati e molto svantaggiati, ai sensi dei numeri 4) e 99) dell'articolo 2 del regolamento (UE) n. 651/2014 della Commissione, del 17 giugno 2014. La descrizione esemplificativa della casistica al paragrafo 6.2 sembra piuttosto suggerire un riferimento alla L. 68/99, riguardante invece l'integrazione dei disabili.

Si ritiene che non sia un concetto di poco conto in relazione all'effettiva possibilità di valutare le offerte in relazione a premialità assegnate per criteri inerenti questi aspetti.

Sarebbe opportuno, pertanto, inserire un concetto di criterio "sociale" con riferimento all'inserimento lavorativo, definito attraverso un riferimento normativo certo, oppure esplicitando l'onere, in capo alla SA che intendesse applicare una clausola sociale a carattere di inserimento lavorativo, di chiarire il concetto di svantaggio sociale o lavorativo cui si riferisce, in modo da delineare lo scenario entro cui può inquadrarsi l'offerta tecnica e, di conseguenza, la verifica sulla corretta esecuzione del contratto.

Sarebbe inoltre utile, pur ragionando di casistiche non esaustive, esplicitare le caratteristiche di ogni articolazione menzionata nel paragrafo 6 attraverso cui può realizzarsi una clausola sociale.

3. Consip S.p.A.

Parte A)

Con riferimento al paragrafo 2 "Ambito di applicazione":

1. si suggerisce di prevedere espressamente anche al paragrafo 2.1 delle LLGG la c.d. "tesi della facoltatività", sostenuta da codesta spett.le Autorità nell'ambito della "Nota esplicativa", specificando pertanto che, negli appalti in cui la manodopera non assume carattere di prevalenza, la clausola sociale è meramente "proponibile", ferme restando le precisazioni di cui al successivo punto 2.2;

2. si chiede di fornire indicazioni in merito alla nozione di "appalti di servizi di natura intellettuale", chiarendo cosa si intende per "Servizi professionali" e "Consulenza", nonché di specificare anche la distinzione tra gli "appalti di servizi di natura intellettuale" e gli appalti che si caratterizzano per "un'alta intensità di manodopera", esplicitando i parametri e/o gli indici per qualificare le due categorie.

In particolare, nella definizione dei parametri di qualificazione della natura "intellettuale" di un servizio, si suggerisce di tenere conto dell'esistenza di alcune merceologie (come per esempio i servizi ICT di sviluppo software o i servizi Tlc) che, pur prevedendo una altissima componente umana nell'esecuzione degli stessi, non possono essere qualificate sic et simpliciter come "ad alta intensità di manodopera" in virtù di un mero dato quantitativo (50%).

Infatti nel caso, per esempio, dei servizi ICT di sviluppo software, come i servizi di sviluppo applicativo (ma le stesse considerazioni valgono anche per i servizi Tlc):

da un lato è difficile considerare il personale ivi impiegato quale "manodopera", in quanto, per esempio:

- i profili richiesti generalmente devono avere esperienze pregresse e conoscenze tecnologiche tali da non poter essere ricondotti alla mera nozione di "manodopera";

- sono previste specifiche tariffe per i profili impiegati (back end, ERP, sw ad hoc, portali e siti web, DWH, ecc.), a differenza di altre merceologie (quali per esempio servizi di pulizia, manutenzione, global service, ristorazione) nell'ambito delle quali il costo della manodopera coincide con il costo del lavoro "puro";

d'altro canto, anche volendo qualificare il personale impiegato quale manodopera, difficilmente potrebbe attuarsi il passaggio richiesto dalla clausola sociale, in quanto:

- le prestazioni non rappresentano una mera acquisizione di risorse, ma richiedono un'organizzazione di mezzi, risorse, investimenti in ricerca, tecnologie, formazione, project management, ecc., elementi tutti finalizzati a garantire la capacità di realizzare, efficacemente ed efficientemente, i progetti di digitalizzazione e trasformazione digitale richiesti dalle PA e la relativa variabilità;

- le specifiche modalità di esecuzione tendono a differenziarsi molto da un appalto al successivo, in particolar modo per i progetti informatici (ruoli e profili professionali legati alle piattaforme tecnologiche di riferimento, acquisizioni a corpo (black box), modifica dei mix professionali, evoluzione ed innovazione tecnologica, ecc.). Pertanto, la "continuità" lavorativa tra le figure impiegate dal fornitore uscente verso quello entrante risulta problematica anche in ragione delle estrema eterogeneità dei due contratti (precondizione di fattibilità, invece, indicata al successivo paragrafo 3.2 delle LL.GG.).

Inoltre, nella definizione dei parametri per l'identificazione degli "appalti di servizi di natura intellettuale", si suggerisce di tenere conto del rapporto tra la locuzione "servizi di natura intellettuale" prevista nell'ambito del Codice dei contratti e quella di cui all'art. 26 comma 3 bis del D.lgs. n. 81 del 2008 e s.m.i.;

3. con riferimento al punto precedente, si chiede se, in caso di appalti aventi ad oggetto prestazioni eterogenee (servizi di natura intellettuale e manodopera), la clausola sociale debba essere applicata anche alla componente di natura intellettuale di carattere residuale rispetto alla prestazione principale (es. consulenza gestionale, helpdesk);

4. si chiede altresì se, nel caso di appalti di servizi con "manodopera" in misura prevalente, la clausola sociale debba essere applicata anche al personale che esegue servizi 'accessori/opzionali' di natura non continuativa (es. servizio a chiamata).

Parte B)

Con riferimento al paragrafo 3 "Le clausole sociali negli appalti sopra soglia":

1. con riferimento al par. 3.2, ai fini dell'ultimo bullet, si chiede di esplicitare la facoltà di inserire clausole contrattuali che obblighino i fornitori a consegnare un report sulla propria organizzazione, al fine di poter utilizzare tali dati per le clausole sociali delle successive edizioni delle iniziative;

2. si chiede inoltre di chiarire come si concilia l'ultimo bullet point del par. 3.2 delle LL.GG. ("la stazione appaltante indica, in modo chiaro, il numero di unità, monte ore, CCNL applicato dall'attuale operatore, qualifica, livelli retributivi, scatti di anzianità, sede di lavoro") con le previsioni, formulate in termini meramente facoltativi, di cui, rispettivamente, al par. 24 del Bando Tipo 1 (relativa alla facoltà di prevedere un "elenco del personale attualmente impiegato") e al par. 25 del Bando Tipo n. 2 (relativa alla facoltà di indicare "tutti i dati relativi alle unità di personale impiegato, riportati nella Tabella E dell'Allegato 1") e, se, pertanto, tale indicazione possa ritenersi facoltativa da parte della Stazione Appaltante.

Ove codesta spett.le Autorità ritenga, nonostante quanto sopra, che ricorra un obbligo per la Centrale di Committenza/Stazione Appaltante di indicare i suddetti dati, si chiede di chiarire se quest'ultima possa omettere di fornirli, ove sia oggettivamente impossibilitata ad acquisirli, non trovando per esempio la collaborazione del fornitore uscente e/o dell'amministrazione che ha usufruito dei medesimi servizi oggetto del nuovo appalto/concessione;

3. si chiede di chiarire se l'indicazione dell'impresa uscente quale subappaltatore e la conseguente richiesta di autorizzazione al subappalto in fase di esecuzione contrattuale possa legittimare il mancato riassorbimento del personale, ovvero se tale circostanza non esima comunque l'aggiudicatario dagli obblighi derivanti dalla clausola sociale.

Si suggerisce altresì di precisare espressamente che la clausola sociale si riferisce solamente al personale del fornitore uscente e non anche ai relativi subappaltatori.

Parte C)

Con riferimento al paragrafo 4, rubricato "Il rapporto con i contratti collettivi":

1. si chiede, rispetto al § 4.1, di confermare che, nel caso in cui per lo specifico oggetto dell'affidamento si applichino diversi CCNL (es. il CCNL del fornitore uscente sia diverso dal CCNL del Fornitore entrante), con clausole sociali diverse tra loro, sarà applicata la clausola sociale prevista nel CCNL del fornitore uscente, al fine di fornire un parametro certo di valutazione per l'impresa subentrante. Qualora non si confermasse quanto sopra, si chiede di specificare i parametri per operare la suddetta valutazione;

2. in subordine al punto precedente, si chiede di specificare se rilevano solo i contratti collettivi oppure anche gli accordi successivi tra le associazioni di categoria anche di livello aziendale, potendo farsi riferimento in questo senso all'art. 51 del d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81;

3. rispetto al § 4.2, ove si precisa che "le imprese sono tenute all'applicazione del CCNL osservano la prescrizione relativa all'assorbimento del personale uscente, anche a prescindere dalla previsione ad hoc inserita nella lex specialis, tenuto conto del richiamo espresso, ad opera del predetto articolo 50", si chiede di specificare il rapporto gerarchico tra le fonti del diritto e segnatamente tra le previsioni di gara e quelle del CCNL. Ciò anche in ragione di quanto affermato recentemente dal Consiglio di Stato secondo cui "In definitiva la c.d. "clausola sociale", qualunque sia la fonte da cui derivi, dev'essere armonizzata con l'organizzazione aziendale dell'imprenditore subentrante" (sez. V, sentenza 17 gennaio 2018 n. 272). Pertanto, si chiede di specificare che in caso di discordanza tra la clausola sociale prevista nella normativa di gara e quella eventualmente prevista nel CCNL, prevarrà comunque il principio di armonizzazione dell'obbligo di riassorbimento con l'organizzazione aziendale dell'imprenditore subentrante.

Parte D)

Con riferimento al paragrafo 5 "Conseguenze del mancato adempimento":

1. con riferimento al par. 5.3 si chiede di valutare una diversa impostazione della verifica dell'assolvimento dell'obbligo della clausola sociale. Nello specifico si chiede di valutare la possibilità di avallare tale modus operandi:

i. in sede di partecipazione alla procedura di gara, ai concorrenti verrà richiesto semplicemente di ben conoscere e accettare tutte le clausole del bando, del disciplinare di gara e dello schema di contratto (ivi compresa la clausola sociale);

ii. solo in fase di avvio dell'esecuzione contrattuale la Stazione appaltante verificherà il rispetto della clausola sociale e valuterà, se del caso, i giustificati motivi a fondamento del mancato o parziale adempimento della stessa.

Tale proposta trova la sua ragione nella necessità di evitare un proliferare di contenzioso in sede di valutazione della documentazione amministrativa e, quindi, un appesantimento dei lavori della Stazione Appaltante oltre che un allungamento dei tempi della procedura di valutazione delle offerte, nonché di evitare che in sede di motivazione di un eventuale diniego all'assorbimento totale o parziale del personale uscente, vengano inseriti elementi e informazioni di carattere economico che potrebbero anticipare qualche aspetto dell'offerta, con le conseguenti criticità (cfr. anche successivo punto 4);

2. in ogni caso, si osserva che il Bando tipo n. 1/2017 prevede, tra le dichiarazioni integrative (paragrafo 15.3.1), quella in ordine al rispetto della clausola sociale (n. 7). Si chiede, pertanto, di confermare che il "soccorso istruttorio" è limitato soltanto al caso di omesso inserimento tra la documentazione amministrativa della suddetta dichiarazione, escludendo la possibilità di motivare in tale sede la mancata accettazione della clausola, al fine di non appesantire la procedura di gara, rinviando ogni valutazione in merito ai "giustificati motivi" in una fase successiva. In caso contrario, occorre chiarire cosa si intende, al paragrafo 5.3, per "soccorso istruttorio", laddove può prevedersi una dichiarazione da parte dell'Operatore di mancata o parziale accettazione della clausola sociale stante l'esistenza di un "giustificato motivo".

Atteso quanto sopra, si chiede di confermare che l'ipotesi di offerta condizionata di cui al par. 5.2 delle LLGG potrà aversi (nell'ambito dell'esame della documentazione amministrativa) solo qualora il concorrente produca un'autonoma dichiarazione con la quale manifesti espressamente la volontà di non accettare la clausola sociale;

3. ai fini della valutazione da svolgersi in fase contrattuale, si chiede di definire concretamente quali sono i "giustificati motivi" e fornirne i parametri per la valutazione medesima e, in particolare, chiarire espressamente i limiti e la discrezionalità delle valutazioni che l'amministrazione può operare in ordine al "giustificato motivo" al fine di scongiurare ipotesi elusive della clausola;

4. si chiede inoltre di specificare espressamente (anche in relazione a quanto rappresentato nella "Nota esplicativa Parte II" delle LL.GG.) il rapporto tra l'Offerta tecnica, l'Offerta economica, l'istituto della verifica dell'anomalia e la clausola sociale. Occorre premettere sul punto che, anche alla luce dei recenti arresti giurisprudenziali del Consiglio di Stato, "la congruità dell'offerta" dovrebbe essere valutata "mantenendo fermo il dato concernente il numero di addetti indicato in sede di offerta, tale essendo al riguardo il contenuto vincolante e imprescindibile della proposta" (nei termini, sez. V – sentenza 17 gennaio 2018 n. 272). Pertanto, si chiede di esplicitare chiaramente che l'Offerta tecnica ed economica del concorrente deve essere presentata al netto delle condizioni effettive legate all'adempimento della clausola sociale. Di conseguenza, in sede di anomalia non dovrà tenersi conto di tali condizioni.

Quanto sopra, del resto, risponde ai principi espressi nella bozza di LL.GG. e alla prassi – anche giuslavoristica – legata alla clausola di riassorbimento del personale. Infatti, potendo organizzare il servizio in autonomia, il concorrente potrebbe formulare la migliore offerta in termini oggettivi, sulla scorta dei propri fattori produttivi. Ove invece il concorrente dovesse tenere conto in sede di offerta delle condizioni legate alla clausola sociale, essendo l'assorbimento del personale uscente subordinato ad una serie di variabili indipendenti (quali: l'accordo sindacale, la volontà dei lavoratori di passare o meno al nuovo gestore, la compatibilità delle mansioni vincolate al principio del divieto di modifica in pejus, ecc.), la formulazione dell'offerta sarebbe vincolata ex ante a fattori indeterminabili al momento della sua redazione. Si chiede altresì di specificare che le condizioni per l'adempimento della clausola sociale debbano essere comunque subordinate al rispetto delle prestazioni migliorative offerte e dei livelli minimi indicati nella documentazione di gara;

5. attesa la necessità di consentire il rispetto delle procedure sindacali (come evidenziato esplicitamente nel paragrafo 3.2 ultimo bullet delle LL.GG.) si chiede di precisare che il contratto viene stipulato, ai sensi dell'art. 32, comma 8, del Codice anche parallelamente alle procedure sindacali legate all'eventuale passaggio dei lavoratori giacché le stesse, come dimostra la prassi, possono avere tempi incompatibili con quelli previsti dal Codice, o dal Contratto o dalla specificità del servizio;

6. si chiede, altresì, di valutare tutto quanto sopra rappresentato alla luce della recente sentenza del Consiglio di Stato n. 3471/2018, in particolare circa gli effetti sulla legittimità dell'intera procedura di gara dell'applicazione "automatica" dell'obbligo di assorbimento del personale uscente.

Parte E)

Ulteriori considerazioni generali relative alla "clausola sociale" nell'ambito delle Convenzioni e degli Accordi Quadro:

1. ferme restando le considerazioni di cui al precedente punto B), n. 2, si suggerisce, con riferimento al caso di Convenzioni ex art. 26, Legge 23 dicembre 1999, n. 488 e s.m.i. o Accordi Quadro affidati da Centrali di committenza (stante la non conoscenza delle PA aderenti e degli eventuali fornitori uscenti da pregressi contratti), di consentire in ogni caso di mitigare l'applicazione della clausola sociale e pertanto di prevederne l'inserimento nella documentazione di gara senza necessità di fornire i dati relativi al numero delle risorse del fornitore uscente, al loro inquadramento, ecc. che potranno essere indicate eventualmente dalle Amministrazioni al momento dell'invio dell'Ordinativo/Appalto Specifico;

2. sempre nel caso di Convenzioni o Accordi Quadro con più aggiudicatari, si chiede di fornire indicazioni in merito al CCNL applicabile, sia qualora vi siano più aggiudicatari uscenti e sia qualora vi siano più fornitori entranti.

4. Eni S.p.A.

In relazione allo schema di linee guida recanti "La disciplina delle clausole sociali", adottato dall'ANAC e posto in consultazione, come meglio specificato infra,

premesso che

1) l'art. 50 del D.Lgs. n. 50/2016 ("Codice dei Contratti Pubblici" – di seguito, anche il "Codice"), come modificato dall'art. 33, comma 1, lett. a), del D.Lgs. n. 56/2017 (cd. "Correttivo"), e rubricato "Clausole sociali del bando di gara e degli avvisi", così dispone:

“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. 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”;

2) ai sensi dell'art. 213, comma 2, del Codice, l'Autorità nazionale anticorruzione (di seguito, "ANAC"), attraverso linee guida, bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolazione flessibile, “garantisce la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti e la omogeneità dei procedimenti amministrativi e favorisce lo sviluppo delle migliori pratiche”; e a tal fine, si dota, nei modi previsti dal proprio ordinamento, di forme e metodi di consultazione;

3) in forza di tali poteri e finalità, in data 14 maggio 2018, l'ANAC ha posto in consultazione lo schema di linee guida recanti “La disciplina delle clausole sociali”, dando termine per l'invio di osservazioni al 13 giugno 2018 (di seguito, le “Linee Guida”);

considerato quanto segue

A. Sull'ambito di applicazione della disciplina recata dall'articolo 50 del Codice (par. 2 Linee Guida)

L'art. 50 del Codice prevede, come obbligatorio, l'inserimento di clausole sociali “finalizzate a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato”, con riferimento ai "servizi diversi da quelli di natura intellettuale, con particolare riguardo a quelli ad alta intensità di manodopera". Nel medesimo articolo si specifica che "servizi ad alta intensità di manodopera sono quelli in cui il costo della manodopera è pari almeno al 50% dell'importo totale del contratto".

Nella nota esplicativa delle Linee Guida, si pone il problema di valutare se, al di fuori dei casi di alta intensità di manodopera, escludendo, naturalmente, i servizi di natura intellettuale, sia o meno obbligatorio l'inserimento delle clausole sociali. Al riguardo vengono rappresentate tre tesi:

- obbligatorietà dell'apposizione: intendendosi il riferimento agli appalti labour intensive come meramente esemplificativo;

- non obbligatorietà dell'apposizione: la clausola sociale è istituto di carattere eccezionale e, dunque, utilizzabile solamente se ciò sia espressamente previsto dal legislatore o dalla contrattazione collettiva;

- facoltà dell'apposizione: possibilità per le stazioni appaltanti di prevedere tale clausola in ragione del principio di autonomia negoziale di cui godono ex art.1322 del codice civile.

Si ritiene, in linea con quanto espresso nelle Linee Guida, di aderire alla tesi della non obbligatorietà dell'apposizione, in quanto la clausola sociale è un istituto di carattere eccezionale applicabile solo ove sia espressamente previsto dalla legislazione o dalla contrattazione collettiva.

Si chiede altresì di chiarire:

Requisito della continuità

Se, per l'applicazione della disciplina dell'art. 50 del Codice Appalti, deve essere valutato dalle stazioni appaltanti anche il requisito della continuità. Potrebbe infatti verificarsi l'ipotesi di un servizio caratterizzato da alta intensità di manodopera non continuativa nel tempo, ma ad intermittenza (soltanto per un determinato periodo o per determinati periodi). Ci si interroga, pertanto, se la clausola sociale trovi applicazione anche in questa ipotesi.

Attività altamente specializzate

Se un appalto caratterizzato da attività altamente specializzate, in cui tuttavia non è riscontrabile l'elemento dell'intuitus personae, possa essere considerato come ipotesi in cui è espressamente esclusa la previsione della clausola sociale. Tra l'altro, a volte l'obbligo del riassorbimento di parte del personale dell'appaltatore uscente potrebbe portare a conseguenze anticoncorrenziali in quanto imprese caratterizzate da figure altamente specializzate si vedrebbero private di tali professionisti.

B. Sull'obbligo di assorbimento del personale dell'appaltatore uscente e l'organizzazione aziendale dell'appaltatore entrante

Secondo il paragrafo 3.2 delle Linee Guida:

“[...]”

- 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 imponible 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 del lavoro elaborata dal nuovo assunto;

- sussistendo tale compatibilità, il lavoratore dell'impresa uscente deve essere riassorbito dall'impresa entrante, con preferenza rispetto a soggetti terzi. I lavoratori che non trovano collocazione nella nuova organizzazione sono destinatari, nel rispetto delle procedure sindacali, delle tutele apprestate dagli ammortizzatori sociali previsti dalla legge”.

Pertanto, in base alla Linee Guida – le quali, peraltro, recepiscono l'indirizzo giurisprudenziale, nazionale e comunitario, consolidato in materia – il nuovo affidatario dell'appalto sarà obbligato ad assumere il personale del precedente appaltatore:

i) solamente se tale assunzione sia compatibile con la propria organizzazione aziendale (e, secondo la nota esplicativa delle Linee Guida, anche con la propria “pianificazione del lavoro”; cfr. pag. 10).

ii) con preferenza rispetto a soggetti terzi.

Con riferimento alla prima questione, si avverte l'esigenza di chiarire, anche in via esemplificativa, quali siano le situazioni in cui, in ragione dell'inesistenza di "un indiscriminato e generalizzato dovere di assorbimento del personale utilizzato dall'impresa uscente", l'obbligo di assunzione risulti, totalmente o parzialmente, incompatibile con gli assetti propri dell'impresa subentrante, tenuto conto, in particolare, della sua pianificazione ed organizzazione del lavoro.

Si sottopongono all'attenzione le seguenti situazioni aziendali, riferibili all'impresa subentrante, che potrebbero essere indicate quali fattori di, parziale o totale, incompatibilità:

1. Sussistenza di modelli organizzativi e assetti dell'organizzazione del lavoro (polifunzionalità delle mansioni, particolari schemi turno, ecc.) che assicurino incrementi di produttività per unità di lavoro.

2. Esternalizzazione di particolare attività presso imprese terze o accentramento di figure di staff presso altre realtà operativa, sia pur della medesima impresa.

3. Presenza di tecnologie e processi produttivi in (totale o parziale) sostituzione dell'attività manuale.

In presenza di almeno uno dei casi sopra rappresentati, si chiede che l'impresa concorrente, avendo avuto conoscenza (punto 3, ultimo alinea, delle Linee Guida) dei dati del personale da assorbire, possa derogare all'obbligo di assorbimento generalizzato del personale utilizzato dall'appaltatore uscente.

Con riferimento alla seconda questione (“il lavoratore dell'impresa uscente deve essere riassorbito dall'impresa entrante, con preferenza rispetto a soggetti terzi”) ci si chiede se con tale formulazione si intenda per soggetti terzi i lavoratori già dipendenti dell'appaltatore aggiudicatario ovvero ad esso estranei e da assumere (eventualmente) dal mercato.

In particolare se, in linea con i principi di libertà d'impresa e nell'esercizio del conseguente potere organizzativo, l'imprenditore concorrente possa utilizzare nell'appalto in cui subentrerà proprio personale, non utilizzabile in altre attività lavorative della sua impresa, senza che gli si possa opporre l'esercizio di alcun potere altrui di preferenza.

C. Sulla qualificazione della clausola sociale e relative conseguenze

In base al paragrafo 3.2 delle Linee Guida: “la clausola è espressamente prevista nella lex specialis. L'operatore economico accetta espressamente la clausola sociale e l'obbligo è riportato nel contratto”. Al successivo paragrafo 5, viene altresì previsto che:

“5.1 L'inadempimento, da parte dell'impresa affidataria, agli obblighi derivanti dalla clausola sociale rappresenta violazione dei doveri che incombono sull'impresa subentrante.

5.2 La mancata accettazione della clausola sociale costituisce manifestazione della volontà di proporre un'offerta condizionata, come tale inammissibile nelle gare pubbliche.

5.3 Qualora la stazione appaltante accerti in gara, se del caso attraverso il meccanismo del soccorso istruttorio, che l'impresa concorrente rifiuta, senza giustificato motivo, di accettare la clausola, si impone l'esclusione dalla gara, laddove l'accertamento compiuto consenta di ritenere che l'operatore economico intenda rifiutare l'applicazione della clausola, legittimamente prevista.

5.4 L'esclusione, viceversa, non è fondata nell'ipotesi in cui l'operatore economico manifesti il proposito di applicarla nei limiti di compatibilità con la propria organizzazione d'impresa, secondo i termini evidenziati al paragrafo 3.

5.5 Laddove l'impresa affidataria non ottemperi all'impegno assunto in sede di gara e confermato contrattualmente, la violazione imputabile all'appaltatore non rileva ai fini dell'aggiudicazione, in quanto la clausola sociale, secondo la configurazione rinvenibile dall'articolo 100 del Codice dei contratti, costituisce una condizione di esecuzione del contratto. L'inadempimento rileva nell'ambito della responsabilità contrattuale, talché unicamente la stazione appaltante è legittimata ad avvalersi dei rimedi di matrice civilistica, previsti nel contratto, ad esempio clausola risolutiva espressa e penali, e dalla legge (si veda l'articolo 108 del Codice dei contratti pubblici).

Nella nota esplicativa delle Linee Guida, viene peraltro precisato che la sopra indicata definizione della natura giuridica della clausola sociale, con riferimento all'ipotesi di violazione della stessa in seguito alla stipula del contratto, è frutto di una scelta tra le seguenti tesi:

- secondo la prima, tale clausola costituirebbe, appunto, una condizione di esecuzione del contratto, con la conseguenza che la sua violazione, non rilevando ai fini dell'aggiudicazione (la quale rimane, quindi, impregiudicata), può legittimare la stazione appaltante ad avvalersi unicamente dei rimedi di matrice civilistica, così come previsti dal contratto (ad esempio, clausola risolutiva espressa e penali), o dalla legge (ad esempio, l'art. 108 del Codice); tesi, questa, avallata, dall'articolo 100, primo comma, ultimo periodo, del Codice, il quale, disciplinando i requisiti stabiliti dalla stazione appaltante per l'esecuzione del contratto (e non per la partecipazione alla procedura selettiva), prevede la possibilità di introdurre particolari condizioni di esecuzione, attinenti ad "esigenze sociali e ambientali";

- in base alla seconda tesi, invece, il mancato assorbimento del personale, in particolar modo laddove sia totale, o comunque generalizzato, paleserebbe la sostanziale volontà, in capo all'appaltatore entrante, di non accettazione della clausola, sicché la violazione della stessa configurerebbe un vizio dell'aggiudicazione, con conseguente legittimazione all'impugnazione in capo agli altri concorrenti"

Ora, appare opportuno segnalare che entrambe le tesi di cui sopra comportano alcune criticità e, in particolare, quella di posticipare i rimedi alla violazione della clausola sociale a stipulazione del contratto già avvenuta, e persino dopo l'iniziale esecuzione dello stesso; una circostanza, peraltro, nella quale alcuni dipendenti del precedente appaltatore potrebbero già essere passati alle dipendenze del nuovo affidatario, con conseguente difficoltà gestionale, agitazioni sindacali e possibile pregiudizio alla continuità delle prestazioni oggetto di appalto.

La seconda tesi, inoltre, come già evidenziato dalle Linee Guida, prevedendo un vizio dell'aggiudicazione, comporta l'ulteriore rischio di minare l'intera procedura concorsuale, con conseguenti incertezze e ritardi nell'aggiudicazione e nell'esecuzione del contratto.

Alla luce di ciò, in alternativa alle suddette tesi, si suggerisce di valutare la possibilità di configurare il grave inadempimento alla clausola sociale quale condizione risolutiva degli effetti dell'aggiudicazione, in linea con i principi generali in materia di atti amministrativi condizionati, con l'effetto di:

- da una parte, anticipare i rimedi al mancato rispetto della clausola sociale ad un momento antecedente la stipulazione del contratto, evitando così le criticità gestionali ed operative delle altre due tesi;
- dall'altra, di non dar luogo a vizi dell'aggiudicazione (e quindi, ad eventuali impugnazioni da parte di altri partecipanti alla gara), e rimettendo così alla valutazione della stazione appaltante la possibilità di dichiarare, in caso di grave inadempimento della clausola sociale da parte dell'aggiudicatario, la sopravvenuta inefficacia dell'aggiudicazione per avveramento della condizione risolutiva e di procedere all'eventuale scorrimento della graduatoria prima della stipula del contratto (qualora ciò sia stato previsto nella documentazione di gara), con conseguente affidamento ad altro operatore.

A ciò si aggiunga che la garanzia prestata in sede di gara potrebbe essere posta anche a salvaguardia di tale condizione risolutiva, con possibile escussione della stessa, da parte della stazione appaltante, in caso di mancato rispetto della clausola sociale.

Tenuto, poi, conto dei diversi vantaggi connessi alla prima e alla terza delle tesi sopra individuate, si suggerisce, altresì, di lasciare alla valutazione della stazione appaltante la scelta della soluzione da adottare, con indicazione nella documentazione di gara, e alla luce delle specificità del caso concreto.

Tutto ciò premesso e considerato, alla luce delle suddette osservazioni, la scrivente Società chiede

a codesta Autorità di voler:

punto A - ambito di applicazione della disciplina recata dall'art.50 del Codice Appalti:

- Confermare la tesi della non obbligatorietà dell'apposizione della clausola sociale, a meno dei casi in cui sia espressamente previsto dal legislatore o dalla contrattazione collettiva.
- Chiarire se, nella valutazione circa l'inserimento della clausola sociale, deve essere preso in considerazione il carattere continuativo dell'alta intensità di manodopera ed in che modo.
- Chiarire se le attività altamente specializzate rientrano tra le ipotesi di esclusione della clausola sociale

punto B - obbligo di assorbimento del personale dell'appaltatore uscente e l'organizzazione aziendale dell'appaltatore entrante:

- Chiarire, anche attraverso opportune esemplificazioni, se sia corretta la tesi secondo cui l'adozione da parte dell'impresa concorrente di un determinato modello organizzativo, in linea con quelli rappresentati dalla scrivente, da considerarsi anche in via alternativa, possa far venire meno l'obbligo di generalizzato assorbimento del personale adibito all'appalto;
- Confermare l'interpretazione secondo cui il diritto di preferenza attribuito ai lavoratori impegnati nell'appalto sia esercitabile esclusivamente nei riguardi di lavoratori non dipendenti dell'appaltatore subentrante e, dunque, solamente nei riguardi di coloro che egli volesse assumere da mercato.

punto C - qualificazione della clausola sociale e relative conseguenze:

- considerare, nella predisposizione del documento definitivo delle Linee Guida, la terza tesi sopra prospettata, con conseguente qualificazione della clausola sociale quale condizione dell'aggiudicazione;
- confermare che le stazioni appaltanti possono effettuare caso per caso, nella documentazione di gara, la scelta di considerare il grave inadempimento da parte dell'aggiudicatario della clausola sociale una condizione risolutiva del contratto (per mancato adempimento di una condizione di esecuzione del contratto) o una condizione risolutiva degli effetti dell'aggiudicazione, adattando gli effetti dell'inadempimento della clausola sociale alle specificità del caso concreto.

5. Atersir

Con riferimento al punto 5.5 ove si è optato per considerare la clausola sociale come una condizione di esecuzione del contratto, con la conseguenza che l'inadempimento potrebbe essere impugnato dalla S.A. innanzi al giudice ordinario, rimanendo escluso qualsiasi effetto sull'aggiudicazione, la scrivente propone che si propenda per la differente interpretazione, riportata anche dall'Autorità a pag. 12 del documento di consultazione, che permetterebbe in caso di violazione della clausola, l'annullamento dell'aggiudicazione da parte della S.A, legittimando peraltro anche i concorrenti all'impugnazione.

In particolare l'Agenzia vorrebbe prevedere, nella documentazione finalizzata all'aggiudicazione delle gare per la concessione di pubblico servizio (di gestione integrata dei rifiuti urbani/Servizio Idrico Integrato), che la mancata ottemperanza degli obblighi contenuti nelle clausole di riassorbimento del personale, entro un dato termine (es. 6 mesi) dall'aggiudicazione della concessione, sia sanzionabile con l'annullamento dell'aggiudicazione e non con la mera risoluzione in sede di esecuzione, spostando la naturale sede di impugnazione di tale decisione innanzi alla giustizia amministrativa e non già a quella ordinaria, con una maggiore e più pronta tutela dei lavoratori, anche in considerazione delle differenti tempistiche dei due processi.

Ciò in quanto la tematica del riassorbimento del personale ha una grandissima rilevanza nell'ambito dei servizi pubblici ambientali, ancora maggiore con riferimento al servizio di gestione dei rifiuti urbani, ove usualmente è coinvolto un numero molto elevato di lavoratori, peraltro sovente appartenenti alle categorie di lavoratori svantaggiati.

6. Ferrovie dello Stato S.p.A.

Osservazioni Gruppo Ferrovie dello Stato Italiane (compresa ANAS)

A. CLAUSOLA SOCIALE E VERIFICA DI CONGRUITÀ

Si condivide la scelta operata al par. 5 delle Linee guida di configurare il mancato adempimento della clausola sociale - inteso come effettivo assorbimento del personale uscente - come elemento attinente alla fase di esecuzione del contratto.

Per quanto sopra, si rileva l'impossibilità di valutare l'incidenza della clausola sociale già in fase di gara, in seno alla verifica di congruità del costo della manodopera - come rilevato dall'Autorità nell'ambito della relazione illustrativa al par. 5 -, trattandosi di un profilo concretamente rilevabile solo in fase esecutiva.

Si invita, pertanto, codesta Autorità a rivalutare la rilevanza della clausola sociale nell'ambito del procedimento di verifica della congruità del costo di lavoro dichiarato in sede di gara.

B. CLAUSOLA SOCIALE E RISOLUZIONE DEL CONTRATTO

Quanto alle conseguenze derivanti dall'inosservanza della clausola sociale in fase di esecuzione del contratto, si ritiene che le Linee guida debbano meglio chiarire il richiamo all'art. 108 del D.Lgs. n. 50/2016, in materia di risoluzione.

Se infatti non si nutrono dubbi in ordine alla possibilità, per la stazione appaltante, di procedere alla risoluzione in presenza di una clausola risolutiva espressa (e fermi restando i rilievi sull'opportunità di una tale scelta, come evidenziato alla lettera C infra), maggiori perplessità sorgono in riferimento alla possibilità di sciogliere il vincolo contrattuale a norma dell'art. 108 Codice, ove si consideri che le ipotesi (facoltative o obbligatorie) di risoluzione ivi contemplate non appaiono riconducibili tout court ai casi di mancato riassorbimento del personale uscente.

L'inosservanza della clausola sociale non appare infatti riconducibile:

(i) né alla fattispecie di cui all'art. 108, co. 1, lett. d) ("l'appalto non avrebbe dovuto essere aggiudicato in considerazione di una grave violazione degli obblighi derivanti dai trattati"), giacché – come chiarito dalla stessa Autorità nella relazione illustrativa – tale inadempimento riverbera i propri effetti esclusivamente nell'ambito del rapporto contrattuale, "senza retrocedere fino al procedimento selettivo";

(ii) né all'ipotesi di grave inadempimento alle obbligazioni contrattuali, posto che lo stesso deve essere "tale da compromettere la buona riuscita delle prestazioni"; effetto che, di per sé, non deriva dal mancato riassorbimento del personale uscente.

Per quanto sopra, si ritiene che, in difetto di una disposizione che autorizzi la risoluzione del contratto per violazione dell'art. 50 ovvero, ancora, per inosservanza della c.d. clausola orizzontale ex art. 30, co. 1 del Codice, l'effetto risolutivo possa esclusivamente ascrivere ad una clausola risolutiva espressa da prevedere nel contratto.

C. OSSERVAZIONI SU SPECIFICHE DISPOSIZIONI DELLA BOZZA DI LINEE GUIDA

a) Paragrafo 2 - Ambito di Applicazione (p. 4)

- Punto 2.2: sostituire la locuzione “non caratterizzati dalla prevalenza della manodopera” con “non ad alta intensità di manodopera”.

MOTIVAZIONE: Le Linee Guida prevedono una definizione derivante dalla commistione tra il 1° e 2° alinea del comma 1° dell'art. 50 D.Lgs. n. 50/2016; si ritiene opportuno proporre una definizione “neutra” ed aderente alla disposizione normativa, al fine di non ingenerare un rischio di differenti possibili interpretazioni.

- Punto 2.3: al fine di coordinare detta previsione con quanto previsto dall'art. 3.1 delle Linee Guida ANAC del 1° marzo 2018, n. 4 sul c.d. “sotto-soglia” il quale prevede che “Le stazioni appaltanti possono applicare altresì le disposizioni di cui all'articolo 50 del Codice dei contratti pubblici sulle clausole sociali, tenendo conto anche delle indicazioni che saranno fornite dall'ANAC in uno specifico atto regolatorio.”

Sarebbe opportuno che l'Autorità delinea specificatamente la disciplina in ordine alla facoltà, da parte della Stazione Appaltante, di prevedere le clausole sociali nel sotto-soglia e, conseguentemente, i limiti nonché, in ogni caso, ulteriori indicazioni in relazione al rapporto con previsioni contenute nei C.C.N.L. nell'ipotesi in cui le medesime fossero tra loro potenzialmente incompatibili.

b) Paragrafo 3 - Le clausole sociali negli affidamenti sopra soglia (p. 4)

- Punto 3.1: eliminare l'inciso “in linea di principio”.

MOTIVAZIONE: detta previsione appare fuorviante poiché proprio con il nuovo Codice si è passati da un regime di facoltatività della clausola all'obbligatorietà dell'inserimento nella lex specialis degli affidamenti.

- Punto 3.2, 1° trattino:

i. definire i concetti di “oggettivamente assimilabile”, “settore di riferimento”, “oggettiva incompatibilità” facendo riferimento alle statuizioni cui è pervenuta la giurisprudenza (Cfr. Consiglio di Stato sez. III 25/5/2018 n. 3138; Deliberazione ANAC 20/2/2018 n. 96; TAR Toscana sez. I 2/1/2018 n. 18). MOTIVAZIONE: garantire una interpretazione ed una applicazione quanto più uniforme possibile.

ii. eliminare la previsione sulla “difformità delle condizioni soggettive di accesso alla gara da parte degli operatori economici”.

MOTIVAZIONE: fa riferimento ad una condizione soggettiva non chiara e che, peraltro, non trova riscontro in elementi normativi puntuali.

- Punto 3.2, 2° e 3° trattino: specificare i concetti di “incompatibilità rispetto all’entità delle prestazioni” e “armonizzazione con l’organizzazione aziendale prescelta dal nuovo affidatario”. motivazione: rendere maggiormente esplicita la circostanza secondo cui la previsione delle clausole sociali debba essere armonizzata nell’ambito dell’organizzazione del nuovo affidatario.

Si sottopone, altresì, all’Autorità di disciplinare le ipotesi in cui le attività prima in toto effettuate dall’appaltatore uscente siano, nella nuova commessa, in parte affidate in subappalto. In tale ipotesi, infatti, si potrebbe consentire mediante previsione da inserire nel bando di gara, di rispettare l’obbligo di riassorbimento della manodopera (sempre nei limiti della “compatibilità” come espressa al punto 5.4) anche ricorrendo al subappalto, nei limiti di legge, con accordi sindacali in sede protetta per garantire i lavoratori e in ogni caso prevedendo che il subappaltatore assuma in tutto o in parte i dipendenti dell’uscente e che ogni variazione del subappalto comporta, in ogni caso, la assunzione dei medesimi da parte dell’appaltatore. Diversamente opinando vi è il rischio che la S.A. si ingerisca in scelte di natura organizzativa proprie dell’appaltatore.

c) Paragrafo 5 - Conseguenze del mancato adempimento (p. 5)

- Punto 5.5:

Sarebbe opportuno prevedere espressamente che in caso di inadempimento degli obblighi di riassorbimento del personale in clausola sociale, troveranno applicazione i rimedi civilistici tipici del 1454 c.c. o, in alternativa del 1456 c.c.

Inoltre, sarebbe opportuno specificare l’ambito di applicazione delle penali, se considerate aggiuntive e non alternative alla clausola risolutiva espressa.

D. VARIE

a. Clausola sociale e dipendenti del subappaltatore/ausiliaria

Si invita codesta Autorità a valutare se specificare nelle Linee Guida che la clausola sociale debba trovare applicazione nei confronti dei dipendenti del subappaltatore eventualmente utilizzato dall’appaltatore uscente ovvero dei dipendenti dell’impresa ausiliaria, ove fossero stati impiegati, a qualsiasi titolo, nell’esecuzione dell’appalto.

b. Mancato inserimento della clausola sociale negli atti di gara su richiesta dell'appaltatore uscente

Si invita codesta Autorità a chiarire se, nel caso in cui l’appalto da affidare ricada nell’ambito di applicazione dell’art. 50 del D.Lgs. 50/2016, l’appaltatore uscente possa rifiutarsi di fornire alla stazione appaltante l’elenco dei lavoratori impiegati nell’appalto giustificando il proprio diniego con il fatto che anche in caso di mancata aggiudicazione intenderà comunque mantenere nel proprio organico il personale alle proprie dipendenze in quanto si tratta di personale specializzato. In caso di risposta affermativa, si chiede di confermare che la stazione appaltante possa in tal caso non inserire nel bando di gara la clausola sociale.

c. Impiego del personale in via non esclusiva

Si invita codesta Autorità a chiarire se nel caso in cui il personale sia stato impiegato nell'esecuzione dell'appalto non in via esclusiva (p.es., nel caso di servizi di manutenzione accade spesso che l'impresa svolge contemporaneamente il servizio in favore di più committenti utilizzando il medesimo personale) si debba comunque inserire nel bando di gara la clausola sociale.

d. Operatività della clausola sociale negli appalti di lavori

Sarebbe opportuno disciplinare più nel dettaglio l'operatività della clausola sociale negli appalti di lavori, specificando che la stessa possa trovare applicazione soltanto alle ipotesi in cui ci sia continuità dei lavori da affidare (ad esempio, in seguito a risoluzione del contratto, l'appaltatore subentrante dovrà assumere i lavoratori dell'appaltatore inadempiente, nei limiti della compatibilità con l'organizzazione imprenditoriale del subentrante).

B) DIPENDENTI DI AMMINISTRAZIONI PUBBLICHE E SOCIETÀ PUBBLICHE

1. Michela Panziera - Comune di Montebelluna

Al paragrafo 2) ultimo periodo si suggerisce di inserire, quale esempio citato, anche i servizi assicurativa e di intermediazione.

C) ASSOCIAZIONI DI CATEGORIA/ORDINI E COLLEGI PROFESSIONALI

1. Angem

Il Settore della ristorazione collettiva esprime apprezzamento per la decisione di ANAC nella predisposizione di linee guida per l'applicazione della clausola sociale negli appalti di ristorazione collettiva.

Tutto ciò premesso riteniamo opportuno richiamare l'attenzione su alcune criticità:

A. l'8 febbraio 2018 è stato firmato il nuovo Contratto Collettivo Nazionale del Lavoro tra le organizzazioni datoriali e sindacali comparativamente più rappresentative, secondo quanto previsto all'Art.51 del D.Lgs 15 giugno 2015, n.81, dei Settori dei pubblici esercizi, della ristorazione collettiva e commerciale e turismo, per la parte datoriale FIPE, ANGEM, Lega Coop Produzione e Servizi, Federlavoro e Servizi Confcooperative e AGCI Servizi e per le Organizzazioni sindacali da Filcams - CGIL, Fisascat_CISL, Uiltucs-UIL; il nuovo CCNL decorre e produce effetti, sia per la parte normativa che per quella economica, dal 1° gennaio 2018 e sarà valido sino al 31 dicembre 2021. Il "contratto" sostituisce il precedente "CCNL Turismo 20 febbraio 2010".

B. il novellato CCNL regola le condizioni nei Cambi di gestione anche nei casi previsti al punto 3.2 delle Linee guida richiamate ed in particolare:

°Articolo 335...la gestione subentrante assumerà tutto il personale addetto, in quanto regolarmente iscritto da almeno sei mesi al LUL(Libro Unico del Lavoro), riferiti all'unità produttiva interessata, con facoltà di esclusione del personale che svolge funzioni di direzione esecutiva, di coordinamento

e controllo dell'impianto nonché dei lavoratori di concetto e/o degli specializzati provetti con responsabilità di coordinamento tecnico funzionale nei confronti dei lavoratori.

°Articolo 336 riorganizzazione: viene regolata la condizione in cui il contratto non fosse assimilabile alla condizione precedente, che possa dare adito a ripercussioni sul dato occupazionale dell'appalto; vengono elencate le motivazioni sia per la componente qualitativa che quantitativa per le quali sia necessario, per il personale coinvolto, la ricerca di soluzioni alternative quali l'assunzione in altre unità produttive dell'azienda subentrante, l'instaurazione di diverse condizioni contrattuali, nonché il ricorso - ove sussistano le specifiche condizioni di legge agli ammortizzatori sociali.

Di seguito le motivazioni:

- mutamenti nell'organizzazione e nelle modalità del servizio;
- mutamenti nelle tecnologie produttive;
- mutamenti nelle clausole contenute nei capitolati d'appalto;
- riduzioni del numero di pasti/giorno conseguente ad un calo della occupazione nell'azienda appaltante.

°Articolo 340 bis - centri di cottura e centri di produzione pasti "omissis"... Qualora il centro di cottura sia di pertinenza di più appalti, la gestione subentrante assumerà il personale addetto all'appalto oggetto di cambio di gestione. Al fine di consentire le adeguate verifiche "omissis" l'azienda uscente fornirà all'azienda subentrante ed alle organizzazioni Sindacali ogni dato utile alla corretta individuazione della quantità di organico impiegato nell'appalto oggetto del cambio di gestione, ivi comprese le informazioni rese al committente nell'esercizio dell'attività.

C. il CCNL sopra richiamato deve rappresentare, attraverso le tabelle del costo del lavoro emanate dal Ministero del lavoro, lo strumento di Governo dell'appalto per la verifica della congruità dei costi vista la consistenza percentuale della componente "costo del lavoro" sui prezzi.

D. il CCNL sopra richiamato dovrebbe essere l'unico previsto nella lex specialis sia per l'elemento costo che per la disciplina che riguarda la clausola sociale; nei casi in cui ciò non fosse possibile, le Linee guida devono prevedere una disciplina all'interno della Lex specialis medesima che richiami le condizioni elencate nel precedente punto B. a prescindere dai CCNL applicati dall'impresa affidataria (subentrante nel cambio di gestione).

E. Condividiamo quanto previsto al punto 6.4 delle Linee guida ovvero che la clausola sociale debba essere un "requisito di base" e non un criterio premiante.

2. Anip- Confindustria

Le osservazioni (o, meglio, quelli che speriamo possano essere dei contributi utili) di seguito riportate sono riferite alle singole parti della documentazione in consultazione quivi espressamente richiamate. Come richiesto da codesta Spettabile Autorità, le dette osservazioni sono accompagnate dalle relative motivazioni a sostegno.

1. PARTE PRIMA – TESTO DELLE LINEE GUIDA

a) Paragrafo 3 - “Le clausole sociali negli affidamenti sopra soglia”.

(i) Con riferimento al richiamato paragrafo, laddove al penultimo punto elenco del numero 3.2 (pagina 4) è previsto che: “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 del lavoro elaborata dal nuovo assuntore.

Sarebbe opportuno precisare che: "Tale principio, deve intendersi, altresì, nel senso che l'obbligo di assorbimento del personale uscente è correlativamente ridotto in ragione di eventuali documentati contestuali esuberi da parte dell'impresa subentrante su altri appalti";

(ii) Con riferimento al richiamato paragrafo, laddove all’ultimo punto elenco del numero 3.2 (pagina 4) è previsto che “I lavoratori che non trovano collocazione nella nuova organizzazione sono destinatari, nel rispetto delle procedure sindacali, delle tutele apprestate dagli ammortizzatori sociali previsti dalla legge”, appare necessario chiarire e precisare che l’obbligo di avviare l’iter per accedere agli ammortizzatori sociali, qualora previsti dalla legge, è posto a carico dall’appaltatore cessante. Pertanto, si propone di modificare la richiamata previsione così come segue: “I lavoratori che non trovano collocazione nella nuova organizzazione sono destinatari, nel rispetto delle procedure sindacali, delle tutele apprestate dagli ammortizzatori sociali attivati dalla società uscente qualora previsti dalla legge.”.

Motivazione

Le modifiche proposte tendono a dare il giusto rilievo alla organizzazione aziendale dell’appaltatore e, quindi, alla sua capacità imprenditoriale a beneficio anche della miglior qualità delle prestazioni rese nonché maggior certezza in ordine al soggetto tenuto ad attivare gli ammortizzatori sociali per i lavoratori che, al ricorrere dei presupposti individuati dalle medesime Linee Guida (e, a volte, opportunamente richiamati anche nelle clausole sociali previste dalla contrattazione collettiva), non dovessero trovare collocazione presso l’appaltatore subentrante.

Chiarire che tale onere faccia carico all’appaltatore uscente persegue la finalità di evitare – anche nell’interesse dei lavoratori stessi, oltre che degli operatori economici e dei committenti pubblici di volta in volta interessati – spiacevoli situazioni di incertezza già sovente riscontratesi per il passato laddove (come ad esempio nel caso del CCNL Multiservizi) la contrattazione collettiva già prevedeva, a determinate condizioni (analoghe a quelle indicate nella documentazione oggetto della presente consultazione), meccanismi di parziale assorbimento da parte dell’appaltatore subentrante dei lavoratori impiegati nella commessa dall’appaltatore uscente.

Dare maggior chiarezza in ordine al soggetto tenuto ad adempiere – oltre a rispondere al fondamentale principio di “certezza del diritto” – tende ad evitare, nel caso di specie, fraintendimenti e lungaggini operative e gestionali che incidono negativamente sia sulla tempestiva esecuzione dei contratti pubblici di appalto e, conseguentemente, sugli interessi pubblici (oltre che degli operatori economici

privati) agli stessi sottesi, sia sugli interessi di “soggetti socialmente deboli”, quali i lavoratori che non abbiano trovato ricollocazione presso il nuovo appaltatore; è, inoltre, utile ad evitare il proliferare del contenzioso in materia.

b) Paragrafo 4 - “Il rapporto con i contratti collettivi”.

Nel richiamato paragrafo sono esplicate questioni e problematiche nonché esaminate le relative possibili soluzioni in ordine al rapporto tra le clausole sociali previste dalle Stazioni appaltanti in applicazione dell’articolo 50 del D.Lgs. n. 50/2016 e quelle recate dalla contrattazione collettiva.

C’è tuttavia un’ulteriore questione che appare necessario affrontare, ovvero sia quella del rapporto tra contratti collettivi diversi applicabili: quello dell’appaltatore uscente e quello dell’appaltatore subentrante. Per inquadrare correttamente i termini della questione relativa al CCNL che deve essere applicato dall’appaltatore subentrante in sede di c.d. “cambio appalto” è bene rammentare che nel nostro ordinamento, da un lato, non vi è alcun obbligo da parte del datore di lavoro, non iscritto ad una organizzazione datoriale firmataria di un contratto collettivo, di applicare il CCNL del settore merceologico in cui l’impresa opera, né sussiste il dovere di applicare un contratto collettivo e, dall’altro lato, che nel medesimo settore merceologico può trovare applicazione più di un contratto collettivo.

Al fine di evitare situazioni di contrasto in merito a quale CCNL debba essere applicato dall’appaltatore subentrante appare opportuno specificare che il CCNL di riferimento per l’appaltatore subentrante è quello a cui lo stesso aderisce, anche ovviamente per il tramite dall’organizzazione datoriale alla quale è associato e, comunque, il CCNL dal medesimo appaltatore subentrante dichiarato in sede di offerta. A ciò dovrebbe aggiungersi la precisazione in ordine alle forme di armonizzazione da adottare tra il CCNL applicato dall’appaltatore uscente e quello applicato dall’appaltatore subentrante (con riferimento, quindi, alle condizioni economiche e normative da riconoscere ai lavoratori interessati dal c.d. “cambio appalto”) nel caso in cui il CCNL applicato da quest’ultimo sia stato sottoscritto da organizzazioni sindacali che non sono comparativamente più rappresentative sul piano nazionale ovvero nel caso in cui il CCNL applicato dall’appaltatore subentrante afferisca ad ambiti di attività parzialmente differenti rispetto a quello in cui opera l’impresa o rispetto ai servizi oggetto di appalto.

Motivazione

Le motivazioni della presente proposta sono del tutto analoghe a quelle rappresentate alla precedente lettera a) in ordine alle esigenze di certezza di regole e procedure a beneficio di tutti i soggetti coinvolti e degli interessi pubblici sottesi, tra i quali, anche i potenziali effetti deflativi sul contenzioso.

c) Paragrafo 6 – “Le clausole sociali diverse dal riassorbimento del personale”

Anche per il fatto di trovarsi in una fase qualificabile, sostanzialmente, come di prima applicazione di tali tipologie di “clausole sociali” e stante la circostanza che il processo di qualificazione delle Stazioni appaltanti è ben lungi anche solo dall’essere avviato compiutamente, appare opportuno evidenziare il pieno apprezzamento per l’applicazione ortodossa dell’articolo 100 del D.Lgs. n. 50/2016 che sembra evincersi dalla documentazione in consultazione. Ci si riferisce, in particolare,

alla circostanza che la bozza di Linee Guida faccia riferimento a tali clausole solo quali criteri di valutazione delle offerte o, marginalmente, quali requisiti prettamente di esecuzione; non già quali requisiti di partecipazione alle gare pubbliche.

3. Anisgea

Preliminarmente ci preme precisare che, poiché il mancato adempimento di quanto previsto nella clausola sociale determina conseguenze importanti in termini di esclusione dalla procedura di gara/risoluzione del contratto, a ns. avviso risulta necessaria una disciplina quanto più possibile dettagliata che permetta di ridurre al minimo fisiologico il livello di contenzioso che ne può scaturire. Tanto più se si tiene conto che si tratta di una materia trasversale che tocca, insieme alla disciplina degli appalti, il delicato tema della garanzia della stabilità occupazionale.

Tanto premesso, vorremmo, nello specifico, sottoporre alla Vs. attenzione, le seguenti osservazioni a titolo di spunto per la valutazione di particolari aspetti sottesi alla tematica in esame:

Rif. punto 3.2 pag. 4 Parte Prima Testo delle linee guida e punto 3 pag. 9 Parte seconda Nota esplicativa.

Condividiamo pienamente il principio espresso rispetto al quale, però, riteniamo opportune alcune precisazioni:

in primo luogo, la definizione concreta della misura dell'obbligo è condizionata, come detto, al reale fabbisogno del nuovo Assuntore. Tuttavia non si rinviene alcuna indicazione circa i criteri di prova relativi alla sussistenza o meno di tale fabbisogno. Il fatto di lasciare una tematica tanto importante relativamente non determinata può comportare il rischio di ambiguità interpretative e dello svilupparsi di un contenzioso collegato.

A mero titolo di riflessione, potremmo ipotizzare che il nuovo Assuntore del servizio possa ritenersi liberato dall'obbligo di dare esecuzione a quanto previsto dalla clausola sociale ove provi di non aver assunto risorse con qualifica analoga o equivalente a quella delle risorse del precedente Appaltatore.

Ove si accettasse questa interpretazione sarebbe necessario spingersi oltre e sottolineare che non è indicato nel dettato del Codice né nelle Linee Guida, quale sia il perimetro temporale di applicazione della clausola, ovvero, al verificarsi dei presupposti suddetti, per quanto tempo grava sul nuovo Assuntore l'obbligo di dare adempimento alla clausola sociale?

Si potrebbe ipotizzare che il periodo nel quale il nuovo Assuntore è obbligato a dare priorità ai dipendenti dell'Appaltatore uscente alle condizioni sopra richiamate possa chiudersi decorsi sei mesi dalla stipulazione del contratto.

In mancanza di queste due precisazioni il rischio è quello del permanere di un eccessivo spazio di discrezionalità di valutazione in un tema che può incidere in modo determinante sulla stessa aggiudicazione delle procedure di gara.

Rif. punto 5.5 pag. 5 Parte Prima Testo delle linee guida e punto 5 pag. 11 Parte seconda Nota esplicativa.

Ferme le considerazioni relative ai confini di ampiezza e durata della clausola sociale, preme sottolineare, inoltre, che necessita di ulteriore specificazione anche il concetto stesso di “ottemperare all’impegno assunto in sede di gara”.

Riteniamo, infatti, che sia necessario definire in modo esplicito quali sono gli adempimenti ai quali è tenuto l’aggiudicatario, posti in essere i quali può ritenersi liberato dall’obbligazione. Ciò sul presupposto del principio che vede il lavoratore libero di accettare o meno una proposta lavorativa contrattuale. Riterremmo, pertanto equo, che l’Assuntore entrante si possa ritenere adempiente nel momento in cui, stanti i presupposti di operatività della clausola sociale, sottoponga alle risorse coinvolte una proposta di lavoro vincolante, in linea con il precedente trattamento, da inviarsi tramite raccomandata A/R o pec (in modo da poter provare l’invio) e con indicazione di congruo termine per la risposta, decorso il quale la proposta lavorativa si intenderà decaduta. In tal modo si garantirebbe la verificabilità della proposta e della sua ricezione e si definirebbero tempistiche chiare per l’accettazione da parte del lavoratore. Con questa ulteriore specifica si assicurerebbe al nuovo Assuntore la possibilità di adempiere agli obblighi assunti con la clausola sociale eliminando, però, il rischio di rimanere paralizzato nelle attività di selezione delle risorse e di start up in attesa di riscontri su proposte lavorative con confini temporali incerti.

Ancora, desideriamo portare alla Vs. attenzione la tematica dei CCNL di settore. L’art. 50 del Codice, infatti, recita “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’art. 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015 n. 81”. L’articolo richiamato, a sua volta, prevede “Salvo diversa previsione, ai fini del presente decreto, per contratti collettivi si intendono i contratti collettivi nazionali, territoriali o aziendali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e i contratti collettivi aziendali stipulati dalle loro rappresentanze sindacali aziendali ovvero dalla rappresentanza sindacale unitaria”.

Nonostante la chiarezza del dettato normativo, è necessario rilevare che sono presenti alcuni settori di attività, fra cui quello in cui operano alcune delle Aziende ns. associate, ovvero i servizi alle Utilities acqua, gas e energia elettrica, nei quali i CCNL aventi le caratteristiche sopra richiamate e concretamente applicati sono molteplici e caratterizzati da significative differenze in ambito di trattamento retributivo e contrattuale. Ben si comprende come, in situazioni di tal genere l’obbligo di applicare un diverso CCNL sulla base dello specifico CCNL applicato dal precedente Appaltatore determinerebbe una complessità di gestione del personale non sostenibile. Si pensi, a titolo di esempio, alla situazione in cui una stessa azienda, in forza dell’obbligo derivante dall’applicazione di più clausole sociali, si trovi ad applicare n diversi CCNL ed alle conseguenti differenziazioni/discriminazioni fra personale con medesimi ruoli e mansioni. Appare evidente, pertanto, come l’applicazione differenziata di più CCNL non sia concretamente sostenibile se non per un numero ben identificato e limitato di risorse ed una tantum.

Del resto non pare sostenibile neppure un continuo cambio di CCNL che segua l’obbligo derivante dalle clausole sociali. Tale modifica costituirebbe uno sforzo mastodontico per aziende che si trovano a lavorare nell’ambito dei servizi ad alta intensità di manodopera senza, peraltro, risultare adempiente rispetto al dettato del codice perché questo porterebbe a modificare il CCNL anche per soggetti che derivano da assunzioni effettuate in forza di precedenti clausole sociali.

Si potrebbero valutare due possibili soluzioni fra loro complementari:

1) prevedere un primo periodo transitorio nel quale la clausola sociale si esplicherebbe nell'applicazione e mantenimento alle risorse che passano da un Appaltatore all'altro delle condizioni retributive del CCNL di uscita;

2) addivenire ad un'armonizzazione dei CCNL definendo per ciascun settore uno specifico CCNL applicabile che garantisca, in primis, la par condicio delle aziende operanti in quel particolare ambito di mercato (le diverse aziende si troverebbero ad applicare il medesimo CCNL con costi analoghi a parità di risorse e professionalità utilizzate) e, ciò che più interessa in questa sede, la concreta possibilità di dare esecuzione alle clausole sociali senza, per ciò solo, doversi far carico della gestione congiunta di diversi CCNL all'interno di un'unica realtà aziendale.

Un ultimo spunto riguarda, poi, il tema della non ottemperanza, da parte dell'Appaltatore entrante in seguito alla stipula del contratto, all'impegno assunto in sede di gara. Nel documento si propende per la tesi della responsabilità contrattuale da far valere in sede civilistica da parte della Stazione Appaltante. Pur condividendo questa impostazione, riteniamo, infatti, essenziale che la Stazione Appaltante sia dotata di uno strumento di tutela rispetto all'inadempimento contrattuale da parte dell'Appaltatore, ci pare che tale strumento, anziché alternativo, debba considerarsi complementare rispetto al procedimento amministrativo azionabile da parte dei partecipanti alla procedura di gara sul presupposto del riverberarsi degli effetti della violazione sull'aggiudicazione dell'appalto. Diversamente opinando si priverebbe, infatti, il concorrente che non è risultato aggiudicatario, magari perché ha computato, nel determinare l'offerta economica, i maggiori costi della manodopera derivanti dall'applicazione della clausola sociale, di qualsivoglia tutela giudiziale del suo interesse demandandola in toto alle verifiche effettuate dalla Stazione Appaltante.

Tale impostazione dovrebbe, ovviamente, presupporre un obbligo della Stazione Appaltante di effettuare gli opportuni controlli rispetto all'applicazione della clausola ed il conseguente diritto di accesso agli atti contenenti le risultanze di detti controlli per i partecipanti alla gara. Tutto ciò tenendo, comunque, ferma la facoltà di proporre segnalazione alla Corte dei Conti circa l'eventuale mancato controllo da parte della Stazione Appaltante.

4. Assistal

Punto 3.2

Risulta penalizzante per l'azienda uscente il fornire i dati del personale impiegato compresi gli aspetti retributivi. Oltre tutto chi subentra può poi non assumere il personale potendo reimpiegare il proprio.

5. Ass.i.v.

ASS.I.V. condivide sostanzialmente quanto elaborato da Anac nelle Linee Guida recanti "la disciplina delle clausole sociali".

Quale unico suggerimento riteniamo che debba essere meglio specificato il rapporto intercorrente tra la disciplina di gara e la disciplina del contratto collettivo nazionale di lavoro di riferimento, in special modo quando quest'ultimo porti obblighi cogenti sia di procedure applicative che di riassorbimento del personale fra azienda uscente ed azienda subentrante.

6. Assosistema Confindustria

1. In primo luogo, con riferimento alle Linee Guida ANAC recanti “La disciplina delle clausole sociali”, ASSOSISTEMA segnala le seguenti proposte di modifica:

- Al paragrafo 3.2 delle Linee Guida occorre precisare che per “livelli retributivi” del personale impiegato dall’aziende uscente – che la stazione appaltante dovrà comunicare all’appaltatore subentrante – si intendono esclusivamente gli importi della retribuzione base indicata nelle tabelle retributive del CCNL applicato dall’appaltatore uscente in osservanza del livello di inquadramento contrattuale del lavoratore.

Inoltre, con specifico riferimento al settore delle Lavanderie industriali (ma il ragionamento potrebbe estendersi anche ad altri settori), è necessario specificare che i livelli retributivi comunicati siano in linea con quanto elencato nelle Tabelle sul costo del lavoro elaborate dal Ministero del lavoro per il settore delle Lavanderie industriali (da ultimo, v. Decreto ministeriale dell’11 dicembre 2017, n. 109).

- Sempre al paragrafo 3.2, si chiede di eliminare il riferimento agli scatti di anzianità, trattandosi, in caso di assorbimento del personale da parte dell’appaltatore subentrante, di assunzioni ex novo previa risoluzione del rapporto di lavoro con il precedente datore-appaltatore.

Con riferimento al settore delle Lavanderie industriali sarebbe altresì opportuno specificare che il personale potenzialmente coinvolto nel passaggio è solo quello già impiegato direttamente ed esclusivamente nell’appalto – intendendosi per tale quello che presta servizio presso le strutture sanitarie/assistenziali pubbliche interessate dall’appalto – da almeno 6 mesi precedenti la delibera di definitiva aggiudicazione della gara.

- Al paragrafo 4, si chiede di precisare che, in caso di conflitto tra clausola di salvaguardia contenuta nella lex specialis della gara e disciplina della clausola sociale prevista dal CCNL, sia quest’ultima a prevalere, intendendosi per tale quella stabilita dal contratto collettivo nazionale in vigore per il settore di riferimento stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale (v. artt. 30, comma 4, e 50 del D.lgs. 50/2016), compatibilmente ai principi comunitari previsti in materia.

- Al paragrafo 5, occorre puntualizzare che l’esclusione dalla gara avviene solo nel caso in cui il partecipante non accetti senza giustificato motivo la clausola sociale contenuta nella lex specialis o nel CCNL di settore. Diversamente, ove il partecipante sollevi il contrasto tra contenuto della clausola e art. 41 Cost. in combinato disposto con i principi comunitari, non potrà essere escluso dalla gara fin quando la questione sollevata non sarà risolta, eventualmente anche in sede giudiziale. D’altronde, quanto appena esposto è in linea con le previsioni di cui al paragrafo 5.4 delle Linee guida in commento, secondo cui è possibile l’accettazione della clausola sociale “nei limiti di compatibilità con la propria organizzazione d’impresa”.

- Al paragrafo 5.4, pur condividendo la scelta di mantenere l’eventuale inosservanza “in corso d’opera” della clausola sociale nell’ambito della responsabilità contrattuale, si suggerisce – preliminarmente all’applicazione dei rimedi previsti dal diritto civile (ad es: risoluzione del contratto per inadempimento, penali ecc.) - di stabilire che la stazione appaltante instauri un dialogo con l’aggiudicatario al fine di comprendere le ragioni del mancato adempimento. A seguito del dialogo, si propone di prevedere che la stazione appaltante conceda, in favore dell’aggiudicatario, un termine

per l'adeguamento (ad es: 15 giorni). La logica di tale proposta è la medesima sottesa all'art. 30, comma 6, D.lgs. 50/2016, in tema di ritardo nel pagamento delle retribuzioni da parte dell'appaltatore.

2. In secondo luogo, si suggeriscono le seguenti precisazioni generali:

- Le Linee Guida non prevedono nulla per l'ipotesi in cui l'appaltatore uscente utilizzi uno o più subappalti per l'esecuzione dell'attività definita dal contratto di appalto.

In questo caso, si suggerisce di specificare che ai dipendenti delle aziende subappaltatrici non si applichino le clausole sociali previste dalla lex specialis di gara e/o dal CCNL del settore.

- Onde evitare possibili fraintendimenti con la normativa europea – che tende a preferire l'applicazione dell'art. 2112 c.c. in caso di “cambio di appalto” – occorre introdurre un rinvio all'art. 29, comma 3, D.lgs. 276/2003, come riformato nel 2016, o, in alternativa, è necessario puntualizzare che all'adempimento da parte dell'impresa affidataria della clausola sociale prevista dalla stazione appaltante o dal CCNL del settore non consegua l'applicazione dell'art. 2112 c.c., in linea con quanto previsto dal legislatore italiano.

3. Infine, con riferimento al paragrafo 6 (“Le clausole sociali diverse dal riassorbimento del personale”) si esprime la seguente riflessione:

Nel paragrafo 6 si richiamano “fattori di rilevanza sociale e ambientale” da tenere in considerazione, prevedendo la facoltà in capo alla stazione appaltante di menzionarli in clausole sociali che potrebbero definirsi “atipiche”, in quanto finora il concetto di “clausola sociale” è stato sempre utilizzato negli appalti per indicare la disciplina volta ad assicurare tutele occupazionali ai lavoratori coinvolti nei cd. cambi di appalto.

Tuttavia, le condizioni elencate al par. 6.2 fanno riferimento ad elementi che dovrebbero incidere sulla valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, piuttosto che sulle tutele previste in favore dei lavoratori impiegati.

Ad esempio, il contenimento dei consumi energetici o la riduzione delle emissioni inquinanti potrebbero essere già presi in considerazione quali criteri ambientali minimi ai fini della stesura dei documenti di gara per l'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'art. 34 del D.lgs. 50/2016.

Peraltro, anche con riguardo agli elementi indicati al par. 6.2 più specificamente attinenti alle condizioni dei lavoratori impiegati (ad es., certificazione OSHAS 18001) e alle categorie di lavoratori (ad es., percentuale di persone “svantaggiate”), appare opportuno che la relativa valutazione, ove ritenuta necessaria od utile dalla stazione appaltante, venga effettuata con esclusivo riferimento ad eventuali criteri di valutazione dell'offerta più vantaggiosa, nei limiti della pertinenza con l'oggetto dell'appalto e della proporzionalità rispetto agli altri criteri di valutazione.

Pertanto, si chiede di eliminare l'intero paragrafo 6 in quanto regolazione ritenuta in grado di generare confusione tra gli operatori economici e potenzialmente in conflitto con altre norme contenute nel Codice dei contratti pubblici che incidono su aspetti diversi della gara d'appalto e dell'esecuzione del contratto.

7. Assotrasporti

SUL RAPPORTO TRA LE CLAUSOLE SOCIALI DEGLI ATTI DI GARA E QUELLE CONTENUTE NEI CONTRATTI COLLETTIVI DI LAVORO

Come è noto, il “Nuovo Codice degli Appalti” (D. Lgs. n. 50/2016), ha disciplinato a livello nazionale la fattispecie delle clausole sociali, introducendo, all’art. 50, una precisa disciplina in tema, stabilendo quanto segue:

“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. 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”.

I punti salienti della nuova disciplina sono, quindi, i seguenti:

- a) per i Committenti le clausole sociali sono un obbligo, e non una facoltà, e vengono correlate a concessioni ed appalti di lavori e servizi;
- b) le clausole sociali sono finalizzate a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato mediante l’applicazione dei contratti collettivi di settore.

La posizione dello scrivente Sindacato è destralmente critica nei confronti di una parte della Magistratura Ordinaria che interpretando in maniera malevola e generalista i provvedimenti della Magistratura Amministrativa, con un orientamento del tutto restrittivo e che non ha tenuto conto dei diversi aspetti e riflessi privatistici della materia, senza neppure sollevare questione di legittimità costituzionale rimettendo gli atti al Giudice delle Leggi a ciò deputato, si sono appellati ad un paventato e mai accertato, contrasto delle clausole sociali contenute nei C.c.n.l. con l’art. 41 della Carta Costituzionale, così limitando l’autonomia privata dei contraenti.

Ed infatti, avuto riguardo unicamente alle clausole sociali previste nei bandi ed avvisi di gara (così recita l’art. 50 del Codice degli Appalti), la Giustizia Amministrativa ha avanzato ipotesi di illiceità solo delle suddette clausole, affermando che esse possano ritenersi legittime solo qualora implicino una contemperanza di interessi tra i diritti dei lavoratori e la libertà organizzativa d’impresa.

Tuttavia, tale contemperanza, benchè non sia stata affatto inclusa nella Legge, essendo di derivazione giurisprudenziale, non può riguardare le clausole sociali fissate dalla disciplina prevista dalla contrattazione collettiva di categoria non vigendo in tal specifico caso alcun bisogno di contemperare esigenze che vengano fuori dalla pattuizione privata.

Riteniamo, quindi, che sia opportuno esprimere un nostro parere sul corretto utilizzo, applicazione ed esecuzione della clausola sociale sulla scorta della volontà precisa ed asettica del Legislatore e degli stipulanti i Contratti Collettivi di Lavoro di assicurare, sempre e comunque, la continuità lavorativa del personale già dipendente del precedente appaltatore.

Con il nuovo Codice dei Contratti, nel nostro Ordinamento esistono due ipotesi di clausole sociali: la prima, già ampiamente regolamentata in passato, è quella contenuta nei contratti collettivi e la seconda è quella, di nuova previsione, inserita negli atti di gara.

Capita più che spesso che la Stazione Appaltante, invece di limitarsi all'obbligo legale, imposto dal Codice degli Appalti, di inserire negli incartamenti di gara una generica clausola di protezione dei lavoratori, rinviando per il dettaglio alle disposizioni pattizie contenute nei Contratti Collettivi di Lavoro, laddove la clausola sia chiaramente prevista, si arròga il diritto di sostituirsi alle Parti Sociali, nella fattispecie i Sindacati dei Lavoratori e le Associazioni dei Datori di Lavoro, imponendo all'imprenditore appaltatore un preciso organigramma lavorativo finanche elencando i nominativi del personale da assumere!

Tale atteggiamento è sicuramente illegittimo e ci trova pienamente concordi con l'opinione espressa dal Consiglio di Stato, in quanto l'imprenditore non può essere gravato dall'alto di un modello organizzativo che non può rifiutare o contrattare e che è certamente lesivo dei suoi interessi nonchè limitante per la propria libera iniziativa d'impresa, così come prevista dall'art 41 Cost.

In effetti, è doveroso precisare come non sia compito dell'Ente Committente organizzare il lavoro dell'appaltatore o, tampoco, svuotare di significato i diritti di autogestione che gli sono attribuiti dalla Legge, né sarebbe possibile che un terzo estraneo ai rapporti di lavoro possa imporgli la quantità ed i nominativi del personale da assumere sostituendosi in tale compito alle Organizzazioni Sindacali dei Lavoratori e dei Datori di Lavoro.

Nondimeno, una parte della Giustizia Ordinaria, facendo erroneamente propri tali principi espressi dalla Giustizia Amministrativa, non ha approfondito che le sentenze amministrative, da cui nasce la querelle dottrinale, atenevano ed attengono ad impugnative di bandi pubblici di gara, in ragione delle sole abusive clausole ivi incluse, dichiarandole nulle qualora non rispecchino i criteri interpretativi precedentemente esposti e giammai hanno deliberato, e di certo non avrebbero potuto per motivi di competenza, sulla correttezza e genuinità dei Contratti Collettivi Nazionali di Lavoro di natura privata, non sottoposti alla giurisdizione amministrativa.

A ben vedere, comunque, non vi è nella giurisprudenza lavoristica, di merito e di Cassazione, alcun tipo di sentenza che abbia mai descritto come illegittime le clausole sociali dei C.c.n.l. perché in contrasto con l'art. 41 della Costituzione. Se, infatti, analizziamo il Vecchio Codice degli Appalti all'art. 118 oppure il Nuovo Codice degli Appalti all'art. 50, in entrambi i casi troveremo un rinvio alle disposizioni contenute nei Contratti Collettivi di Lavoro, in quanto la clausola sociale, laddove inserita nel bando o negli atti di gara, può avere solo portata generale e di previsione, qualora la contrattazione collettiva di settore ne abbia già disciplinato la specifica materia.

Ne discende, in tale ipotesi, che l'onere del Committente debba essere limitato esclusivamente all'inserimento di una generica clausola di protezione negli atti di gara, a beneficio dei lavoratori che hanno prestato servizio alle dipendenze dell'imprenditore uscente, prevedendo quale unico impegno il rispetto tassativo delle norme contemplate ed indicate nel Contratto Collettivo di Lavoro e cioè, nel caso di specie, alle clausole sociali in esso contenute.

Ciò, in quanto, il Legislatore ha certamente voluto scongiurare situazioni di contrasto tra le clausole sociali contenute negli atti amministrativi e quelle contenute nei contratti collettivi di lavoro, anche

al fine di evitare abusi che si risolverebbero nella difficile scelta di quale tra queste due debba prevalere sull'altra.

In tale ultima ipotesi, come peraltro verificatosi frequentemente, sarà evidente che i lavoratori, cui non è certamente opponibile il capitolato d'appalto, che disciplina i rapporti commerciali tra impresa e committente, invocheranno l'applicazione formale delle norme del C.c.n.l. e gli imprenditori-appaltatori, di contro, vorranno far valere in giudizio le clausole sociali contenute negli atti di gara, se a loro più favorevoli.

Inoltre, alcune Regioni hanno legiferato in materia di appalti pubblici anche disciplinando l'istituto delle clausole sociali.

A tal fine, come si pone il Codice dei Contratti in rapporto con le Leggi Regionali oltre che alle clausole sociali dei Contratti Colletti di Lavoro?

Frequentemente gli Enti Pubblici violano pacificamente la Legge scendendo nel merito di una materia sottratta al proprio ministero indicando, illegittimamente, l'elenco dei lavoratori da assumere scelto sulla base di proprie considerazioni personali e di certo lesivo e discriminatorio nei confronti dei restanti lavoratori che potrebbero accampare l'identico diritto all'assunzione sulla scorta dei soli requisiti individuati dal contratto collettivo vigente per il settore.

Invero, una clausola può definirsi sociale solo quando i suoi effetti non sono predeterminati ad personam, ovvero tesi ad escludere un lavoratore in favore dell'altro, perché in tale ipotesi essa non potrebbe affatto definirsi "sociale" e, come tale, universale.

Pertanto, le condizioni, affinché una clausola possa definirsi realmente sociale sono solo quelle stabilite direttamente nei contratti collettivi laddove, di comune accordo, i sindacati e le rappresentanze dei datori di lavoro hanno indicato i criteri, validi per tutti, e non solo per alcuni, entro cui ricondurre gli effetti protettivi del mantenimento dei livelli occupazionali dei lavoratori adibiti all'appalto.

Diversamente, l'azienda subentrante nella gestione dell'appalto si macchierebbe di un palese inadempimento contrattuale di cui i lavoratori potrebbero chiedere il ristoro.

Va da sé che le clausole degli atti amministrativi che si pongono in contrasto con il Contratto Nazionale di Lavoro dovranno essere considerate illegittime ed inapplicabili perché ultronee e valicanti i limiti imposti della Legge.

Alla luce di quanto espresso è evidente che non sarebbe in alcun modo ipotizzabile estendere le sentenze della giustizia amministrativa, che hanno censurato gli atti di gara contenenti clausole sociali stringenti ed atipiche, non contrattuate ed imposte, anche alle clausole sociali privatistiche individuate nei C.c.n.l.

Di fatti, se come stabilito dal Consiglio di Stato, la clausola dei bandi di gara può rivelarsi in contrasto con l'art. 41 della Costituzione perché imposta forzosamente dal Committente, lo stesso non potrà dirsi di quella contenuta nei contratti collettivi giacché essa è espressione di una volontà che il datore di lavoro ha avallato aderendo, esplicitamente o implicitamente, al C.c.n.l. di settore.

Ragionando secondo logica giuridica, il contratto collettivo di autonomia privata è l'unico a non poter mai contrastare con l'art. 41 della Costituzione in quanto è proprio l'azienda, per il tramite dei suoi rappresentanti, a trattarne le clausole ed accettarne pienamente il contenuto con la sottoscrizione delle stesse ovvero con la palese applicazione del C.c.n.l. quale implicita accettazione delle norme in esso contenute.

Ne discende che non sarebbe razionalmente coerente e condivisibile che un'impresa abbia aderito spontaneamente al C.c.n.l. di categoria, ove è contenuta la clausola sociale e poi ritenga, contraddicendo se stessa, che essa clausola sia limitativa del proprio diritto di iniziativa e di libertà organizzativa !

Quindi, se detta clausola è stata accettata ed applicata, è evidente che essa è stata reputata idonea a bilanciare gli interessi di tutte le Parti contraenti, sia essi Datori di Lavoro che Organizzazioni Sindacali dei Lavoratori, in assenza di qualsiasi segno contrario.

Della stessa opinione è anche un recente provvedimento del T.A.R. Liguria, sentenza n. 640/2017, il quale pur ribadendo i concetti del Consiglio di Stato in tema di clausole sociali contenute nei atti di gara, in riferimento invece a quelle contenute nei contratti di lavoro ha precisato che: "La libertà di iniziativa economica, l'appaltatore la esercita in sede di contrattazione collettiva onde deve escludersi che, in presenza di una previsione di CCNL che preveda l'obbligo di assunzione dei dipendenti dell'appaltatore uscente, possa ritenersi lesa la libertà di iniziativa economica dell'appaltatore subentrante. In questo caso deve escludersi che l'appaltatore subentrante possa cambiare il CCNL applicato ai dipendenti che deve assorbire.

Ammettere tale possibilità consentirebbe l'aggiramento della previsione dell'obbligo di conservazione del posto semplicemente mediante l'applicazione di un CCNL che non prevede tale garanzia per i lavoratori.

La tematica delle clausole sociali propriamente dette riguarda invece quelle ipotesi in cui il CCNL non contenga alcuna previsione sulla conservazione del posto in caso di subentro negli appalti.

Tale ipotesi è disciplinata dall'art. 50 del D.Lgs n. 50/2016 e trattandosi di una facoltà dapprima discrezionale dell'amministrazione e in oggi obbligatoria, a seguito del correttivo, impone il bilanciamento degli interessi tra l'esigenza di conservazione del posto e la libertà di iniziativa economica del datore di lavoro".

Detto questo, infine, è opportuno sottolineare che il contratto collettivo e le sue clausole rientrano nell'autonomia privata delle parti stipulanti e possono essere interpretate solo nei limiti del senso letterale che se ne deduce chiaramente.

Sul punto, la Cassazione, Sezione Lavoro, con sentenza n. 20192/2011, ha testè dichiarato: "Nell'interpretazione del contratto collettivo di diritto comune, la volontà delle parti dev'essere ricostruita in primo luogo attraverso il senso letterale delle parole utilizzate e la loro comune intenzione quale emerga dal comportamento anche successivo alla conclusione del contratto, nonché attraverso la lettura complessiva dell'accordo." (di uguale tenore, Cassazione Lavoro n. 27841/2009)

La lista del personale redatta dall'Ente Committente non può, quindi, risultare il lasciapassare per acclarare o negare diritti di assunzione in quanto essa lista, secondo la definizione dei contratti

collettivi (cfr. ad esempio art. 6 del c.c.n.l. per i dipendenti dei servizi ambientali/Fise), è solo utile solo ai fini della partecipazione alla gara. Peraltro, l'Ente ha solo l'obbligo di stabilire le condizioni di esecuzione del servizio né potrebbe spingersi (con quale titolo ed a che pro?) a dettare i nominativi od il numero di chi avrebbe dovuto essere assunto dal subentrante ed a chi negare tale diritto!

I lavoratori hanno, quindi, solo l'obbligo di dimostrare il possesso dei requisiti descritti dal contratto collettivo in quanto l'elenco del personale, nominativo o numerico, redatto da terzi, non è nella disponibilità dei lavoratori che non possono controllarne la correttezza ed eventuali errori od omissioni.

Ad assunzione conclamata e normativa contrattuale e legale rispettata appieno, qualora il nuovo appaltatore dovesse ritenere utile una riduzione di personale per un giustificato motivo economico potrà sempre avvalersi della Legge n. 223/91, applicando i criteri cristallini e super partes ivi fissati, senza preferire nessuno, stante che tutti i lavoratori devono essere trattati secondo un principio di par condicio a patto che questi possano spendere i requisiti richiesti dal C.c.n.l. di categoria.

Non può, pertanto, e come descritto nelle linee guida, rimettersi all'azienda cessante dall'appalto il diritto-dovere di scegliere i nominativi dei dipendenti cui concedere il diritto all'assunzione, in maniera assolutamente unilaterale, e chi estromettere dall'appalto e destinare alle misure di ammortizzazione sociale.

Si chiede, pertanto, di integrare il paragrafo n. 4 delle Linee Guida, relativo al rapporto con i contratti collettivi, con le argomentazioni suesposte soffermandosi sul dovere e sul vincolo del nuovo aggiudicatario di rispettare rigorosamente la clausola sociale del Contratto Collettivo di Lavoro, anche qualora quella contenuta nel bando di gara abbia impropriamente disciplinato la materia in maniera differente, non essendo ipotizzabile, relativamente alle clausole di carattere privatistico, un contrasto con l'art. 41 della Costituzione con rimessione, discrezionale ed imprudente, in favore dell'imprenditore cessante, del potere di scegliere chi tra i suoi dipendenti debba essere privilegiato nell'assunzione alle dipendenze del nuovo aggiudicatario.

8. CGIL- CISL- UIL

Il Codice degli appalti affida all'autorità nazionale anticorruzione (ANAC) un ruolo notevole nell'attuazione delle disposizioni contenute nel Codice, nell'ambito delle quali particolare significato hanno gli interventi di prevenzione e di contrasto dell'illegalità e della corruzione. Inoltre le linee guida sono uno degli strumenti dell'Anac di promozione delle "miglior pratiche" nell'attività delle stazioni appaltanti e costituiscono un parametro significativo per rappresentare la cornice normativa entro la quale gli appalti pubblici devono avere realizzazione.

Le linee guida in commento relative alla "modalità di applicazione e di funzionamento dell'istituto della "clausola sociale", non sembrano, tuttavia, raggiungere lo scopo di dettare le indicazioni idonee ad orientare il comportamento delle stazioni appaltanti.

Nel merito le seguenti considerazioni e proposte.

2. Ambito di applicazione

2.2” Le stazioni appaltanti hanno Facoltà di prevedere la clausola sociale anche in appalti non caratterizzati dalla prevalenza della manodopera, con l'esclusione (oltre ai servizi di natura intellettuale)”

Consideriamo fortemente limitativa e generatrice di confusione con inevitabile contenzioso giuridico, la dizione “hanno facoltà di prevedere”.

Lo spirito e la lettera dell'articolo 50, che fonda il suo contenuto nella legge delega 11/2016, di cui al comma 1 lettere ddd, comma 1 lettere fff, comma 1 lettere ggg, è quello di promuovere la stabilità occupazionale nell'ambito degli appalti pubblici di lavori e servizi. Inoltre la dizione con “particolare riguardo” a quelli aventi natura intellettuale non deve essere interpretata in termini limitativi rispetto ad altri affidamenti.

E' pertanto dirimente la riproposizione della obbligatorietà della clausola sociale.

Proponiamo, pertanto, una nuova formulazione del punto 2.2:

2.2 “le stazioni appaltanti inseriscono le clausole sociali nei bandi di gara e negli avvisi, con esclusione di appalti aventi natura intellettuale”.

Proponiamo, inoltre, l'eliminazione della casistica relativa a:

- degli appalti di fornitura
- degli appalti/concessioni in cui la prestazione lavorativa è scarsamente significativa o anche irrilevante (ad esempio, appalti di natura finanziaria);
- dei casi in cui è riscontrabile l'elemento dell'intuitus personae.

In quanto queste esclusioni non sono contemplate dall'articolo 50 del Codice, e quindi non vanno inserite nelle linee guida.

3. Le clausole sociali negli affidamenti sopra soglia

3.1 “La stazione appaltante, sussistendo le condizioni oggettive e soggettive di applicazione dell'articolo 50 del Codice dei contratti pubblici, in linea di principio ha l'obbligo di inserire le clausole sociali all'interno della lex specialis di gara”.

Consideriamo che le linee guida devono avere un indirizzo esplicativo e di orientamento compiuto, affinché le stazioni appaltanti applichino correttamente e compiutamente l'articolo 50 del Codice, eliminando qualsiasi elemento di confusione, incertezza o discrezionalità.

Proponiamo pertanto una nuova formulazione del punto 3.1:

3.1 “Le stazioni appaltanti inseriscono le clausole sociali all'interno della lex specialis di gara.

3.2 l'obbligo richiede, in ogni caso, che siano rispettate tali condizioni:

- “il contratto di cui si tratta è oggettivamente assimilabile a quello in essere. L'inserimento di clausole volte alla tutela dei livelli occupazionali non è legittimo qualora non sussista, per la stazione appaltante, alcun contratto in essere nel settore di riferimento, ovvero il contratto in essere presenti

un'oggettiva incompatibilità rispetto a quello da attivare, ad esempio, per le diversità dell'attività oggetto dell'affidamento e/o per le difformità delle condizioni soggettive di accesso alla gara da parte degli operatori economici”.

L'obbligo richiede, in ogni caso, che siano rispettate tali condizioni:

Prima di entrare nel merito di tali condizioni esprimiamo una riserva di fondo su questa impostazione in quanto esse vanno a limitare quanto indicato nel punto 3.1 e scritto nell'articolo 50 del Codice.

Una prima osservazione è che questo punto è confuso e interpretabile, in quanto mette assieme cose diverse (il contratto di lavoro, l'attività oggetto di appalto, le condizioni soggettive di accesso alla gara). Tutte le condizioni indicate non possono dar luogo ad alcuna esclusione dell'obbligo di inserimento delle clausole sociali, in quanto tali esclusioni non sono previste dall'articolo 50 del Codice.

Come approfondimento di quanto sopra scritto si propone di specificare quanto segue nel

1° - alinea:

- dopo “da attivare” segue “Non trattasi di oggettiva incompatibilità, qualora vi sia una evoluzione delle attività oggetto dell'appalto da affidare che, ricomprendano servizi e/o lavori eseguiti nel contratto precedentemente instaurato, a cui si aggiungano ulteriori attività ad integrazione e/o completamento dell'oggetto contrattuale di appalto. Ad esempio, se le attività dell'appalto precedentemente in essere fossero servizi integrati, ricomprendenti anche servizi di pulizia, oltre ad altri servizi che si aggiungono, la clausola sociale deve essere prevista nei confronti dei lavoratori che già sono occupati nei servizi di pulizia”.

- dopo “dell'affidamento” chiarire che, “per diversità non si intenda la distinzione sic et simpliciter del servizio e/o dei lavori oggetto della precedente attività in appalto, ad esempio solo per un mero uso di diversa denominazione delle stesse attività della nuova lex speciali di gara”.

- dopo “operatori economici” prosegue “che se per condizioni soggettive degli operatori economici si intendono le dimensioni delle imprese che possono partecipare alla nuova gara di appalto, in funzione di una suddivisione in lotti che possa permettere l'affidamento alle PMI, si ritiene necessario prevedere che le clausole sociali agiscano su tutti i lotti e che vi sia una specifica indicazione che veda la suddivisione in misura congrua per ciascun nuovo lotto del personale utilizzato dall'impresa uscente al fine dell'assorbimento pur in considerazione delle condizioni espresse negli alinea successivi dello stesso paragrafo 3.2”.

2° alinea:

“l'incompatibilità si riferisce alle entità delle prestazioni; nel caso in cui il nuovo appalto prevede l'utilizzo di un numero inferiore di prestazioni e dunque di risorse lavorative rispetto al contratto in essere, l'obbligo di assorbimento grava nei limiti del nuovo fabbisogno”.

Quanto sopra scritto è contraddittorio con quanto affermato in precedenza:

prima l'incompatibilità veniva collegata alla diversità dell'oggetto dell'affidamento o alle difformità delle condizioni soggettive di accesso alla gara da parte degli operatori economici, in questo caso, invece, l'incompatibilità si riferisce ad un elemento puramente quantitativo.

Si propone l'eliminazione, in quanto dovrà essere in ogni caso l'impresa a dimostrare che non ha bisogno di riassumere tutti i lavoratori, per la organizzazione del servizio che ha previsto in offerta come affrontato alla alinea seguente del documento in consultazione.

3° alinea:

“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 nell'esecuzione del nuovo contratto e con la pianificazione e l'organizzazione del lavoro dal nuovo assuntore”.

Confusa ed incoerente è l'indicazione circa la quale l'obbligo di inserimento della clausola sociale debba essere armonizzato con “l'organizzazione aziendale”.

Più avanti, invece si afferma che il riassorbimento del personale debba essere compatibile “con la pianificazione e l'organizzazione del lavoro elaborata dal nuovo assuntore.

Intanto l'organizzazione aziendale non è sinonimo di organizzazione del lavoro ed è assolutamente dirimente, per il buon funzionamento delle clausole sociali, comprendere a quali dei due fattori citati le stesse debbano imporsi.

L'organizzazione aziendale si compone infatti dal complesso dei beni organizzati per l'esercizio dell'impresa (art.2555 c.c.); l'organizzazione del lavoro attiene alla distribuzione delle risorse umane ed alla produttività.

Mentre è comprensibile che le clausole sociali siano armonizzabili con l'organizzazione aziendale; far dipendere l'assorbimento della manodopera dall'organizzazione del lavoro significa vanificare il contenuto obbligatorio delle clausole sociali.

Se il datore di lavoro è libero di decidere la quantità e la qualità del lavoro, l'obbligo di assorbimento diventa un mero suggerimento.

Invero, la giurisprudenza amministrativa fa riferimento alla armonizzazione delle clausole di riassorbimento con l'organizzazione aziendale.

Più in generale per un bilanciamento tra gli interessi alla esigenza di stabilità occupazionale e i principi in materia di concorrenza, aggiungiamo queste ulteriori valutazioni:

1) che gravi sull'impresa che pretende di non applicare la clausola l'onere di provare che l'oggetto dell'appalto è oggettivamente incompatibile con l'adempimento dell'obbligo di riassunzione, in ragione delle diverse prestazioni richieste per eseguirlo del tutto non coerenti con le qualifiche e l'inquadramento dei lavoratori precedentemente utilizzati;

2) che il più basso numero di risorse lavorative impiegabili nell'appalto e l'esigenza di armonizzazione con l'organizzazione aziendale non determini di per sé la disapplicazione della clausola, salvo prova dell'impresa subentrante dell'impossibilità di ricollocare altrove i lavoratori considerati "in esubero"; ciò in sintonia con i principi generali in materia di licenziamento per ragioni oggettive;

3) che il grado di rigidità della clausola sia diversamente considerato a seconda che questa sia imposta "unilateralmente" dalla stazione appaltante o sia prevista dal CCNL applicato dall'azienda subentrante. La necessità di rispettare la libertà economica dell'impresa sussiste infatti soltanto nel primo caso, ma non è invocabile nel secondo visto che è l'impresa stessa che si è liberamente vincolata ad applicare quanto prescritto dal CCNL, attraverso l'adesione all'organizzazione firmataria. Questa conclusione per altro trova riscontro nella giurisprudenza amministrativa (TAR Liguria 2017)

4) che, qualora il CCNL applicato preveda obblighi di consultazione sindacale per pervenire ad una armonizzazione della clausola con l'organizzazione dell'impresa subentrante, il loro mancato rispetto configuri un'ipotesi di mancata accettazione della clausola da sanzionare con l'esclusione dalla gara (vd punto 5).

Occorre chiarire che nei contratti di servizi, soprattutto ad alta intensità di manodopera, ove il CCNL non riporta specifiche clausole sociali, la "misurazione" della quota di riassorbimento del personale deve tenere anche in considerazione la variazione delle attività prestate rispetto al contratto di appalto precedentemente in essere e non commisurata al valore economico su cui il nuovo assuntore ha acquisito l'appalto e rispetto alla quale ritiene di adeguare il modello organizzativo. A tal fine è necessario verificare e tenere in considerazione la congruità della base d'asta definita dalla stazione appaltante, in quanto se la stessa ha inserito nella lex specialis di gara gli elenchi del personale già occupato nell'appalto, nonché previsto la clausola sociale per il riassorbimento del personale, il valore economico a base d'asta dovrebbe essere rispondente a tale misura quindi eventuali quote di personale non assorbito da parte del nuovo assuntore per un ribasso nell'offerta, in funzione di servizi da svolgere pari o uguali a quelli precedentemente in essere, dovrebbe essere oggetto di attenta analisi sull'effettiva capacità di proporre un modello organizzativo capace di ricorrere ad una misura minore di personale.

Più in generale, di fronte a problemi di natura occupazionale occorre che il nuovo affidatario si impegni affinché in caso di nuove assunzioni ad assorbire prioritariamente i lavoratori eventualmente rimasti esclusi nei cambi di appalto.

4° alinea:

“ sussistendo tale compatibilità, il lavoratore dell'impresa deve essere riassorbito dall'impresa entrante con preferenza rispetto a soggetti terzi. I lavoratori che non trovano collocazione nella nuova organizzazione del lavoro sono destinatari, nel rispetto delle procedure sindacali, delle tutele apprestate dagli ammortizzatori sociali previsti dalla legge;”

Il richiamo alla possibilità di agire "con preferenza rispetto a soggetti terzi" alla nuova impresa affidataria se riassorbire o meno il personale precedentemente operante nell'appalto rischia di diventare un fattore sleale di concorrenza.

Se i presupposti sono quelli sopra evidenziati nella definizione della congruità della base d'asta in funzione del personale presente sull'appalto, l'impresa che partecipa alla gara di appalto, stante la liberalità di poter agire una preferenza nell'assorbimento, potrà giustificare un ribasso maggiore di un'altra perché ritiene di non dover acquisire il personale e predisporre nuove assunzioni con contratti di lavoro di minor costo o avvalendosi di sgravi fiscali/contributivi per svolgere una attività che di fatto ha un fattore certo di continuità.

Quanto previsto in questo punto, nel secondo periodo, non risponde alle tutele sociali in materia di lavoro negli appalti a cui la Direttiva Europea richiama. Ciò in quanto la recente riforma degli ammortizzatori sociali, per i settori del terziario, prevede ormai quale unica misura di sostegno al reddito la Naspi il che presuppone che il lavoratore verrà licenziato per beneficiare di tale indennità oltre al fatto che il ricorso agli ammortizzatori sociali ricadrebbe sull'impresa della gestione uscente, ricevendo un duplice svantaggio e sulla collettività generale. Va sottolineato altresì che la nuova impresa assegnataria potrebbe volutamente non assorbire il personale già occupato sull'appalto dalla gestione uscente conscio che detti lavoratori saranno posti in Naspi e successivamente procedere all'assunzione beneficiando dei relativi sgravi.

Stante le considerazioni sopra espresse le linee guida dovrebbero, in luogo del richiamo agli ammortizzatori sociali, prevedere una procedura, sussistendo la compatibilità, per cui la nuova impresa aggiudicataria debba effettivamente creare le condizioni per l'acquisizione di tutto il personale anche attraverso modelli organizzativi differenti e con il ricorso a tutte le misure utili per poter garantire la continuità occupazionale, ad esempio valutando la possibilità di ridurre in misura proporzionale il contratto di lavoro qualora il capitolato di gara non prevedesse pari misura di attività da svolgere.

Fermo restando che le possibili soluzioni sono di esclusiva competenza del confronto tra le parti sociali.

6°alinea: “Allo scopo di consentire ai concorrenti di conoscere i dati del personale da assorbire, la stazione appaltante indica in modo chiaro, il numero di unità il monte ore, CCNL applicato dall'attuale appaltatore, qualifica, livelli retributivi, scatti di anzianità, sede di lavoro.

Occorre evitare che le imprese possano modificare negli ultimi mesi la compagine lavorativa, per risolvere propri problemi interni, per cui è prassi fare riferimento al personale impiegato fino a X mesi dalla conclusione dell'appalto. Verificando l'applicazione del CCNL dell'appaltatore precedente e se questo corrisponde ai contratti di settore di cui all'articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81.

Proponiamo che venga aggiunto il seguente periodo: “Al fine di individuare con oggettività la platea del personale da riassorbire, proponiamo che questa venga determinata dai lavoratori che risultano in forza presso l'azienda cessante nel periodo dei 240 giorni precedenti l'inizio della nuova gestione in appalto previsto dal bando di gara e alla scadenza effettiva del contratto d'appalto.”

4 Il rapporto con i contratti collettivi

4.1 Le stazioni appaltanti considerano la disciplina recata dai contratti nazionali di lavoro.

4.2 Le imprese tenute all'applicazione del CCNL osservano la prescrizione relativa all'assorbimento del personale uscente, anche a prescindere dalla previsione ad hoc inserita nella lex specialis, tenuto conto del richiamo espresso, ad opera del predetto articolo 50, della disciplina recata dai contratti collettivi di settore di cui all'articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81.

4.3 l'applicazione delle clausole sociali avviene in armonia con la disciplina recata dalle disposizioni contenute nei contratti collettivi di settore.

Si propone di aggiungere al punto 4.1 , a fine periodo, la seguente specificazione: “che vanno indicati nel bando di gara”.

In ordine alla contrattazione collettiva si osserva che mentre le stazioni appaltanti devono fare riferimento alla disciplina dei contratti collettivi nazionali; le imprese possono spaziare nell'universo dei contratti collettivi che si può rivelare di maggior favore per i lavoratori ma anche peggiorativo delle condizioni di lavoro (trattamenti retributivi e normativi e clausole sociali comprese). V. ad es. l'art.8 del d.l.n.138/2011(contratti di prossimità). L'espressione contratti collettivi di settore non offre, invero, nessuna garanzia di effettiva agibilità delle clausole sociali.

E' importante quanto si afferma in merito alla applicazione delle previsioni del CCNL per le imprese tenute alla sua applicazione.

Meriterebbe però maggior approfondimento la questione relativa al rapporto tra l'art.50 e l'art.30, comma 4 del Codice dei contratti, norma che prevede l'integrale applicazione del CCNL firmato dalle OO.SS comparativamente più rappresentative al personale impiegato in appalti e concessioni, e la selezione (tra i diversi CCNL applicabili) del CCNL il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'affidamento.

Qualora infatti tali criteri selettivi portassero ad identificare un CCNL che preveda una clausola sociale, dovrebbe ritenersi parimenti vincolata alla stessa anche l'impresa che non lo applica spontaneamente.

Meriterebbe poi una più attenta riflessione la questione dell'eventuale mancato inserimento della clausola sociale nella lex specialis (e nel contratto) da parte della stazione appaltante.

L'ANAC nulla dice in merito, limitandosi a ritenere vincolante la clausola solo in caso di applicazione del CCNL che la prevede da parte dell'impresa subentrante.

In tal modo però si configura una ingiustificata disparità di trattamento nei confronti dei lavoratori impiegati in imprese che non applicano il CCNL; il che non pare ammesso dalla lettera dell'art.50, la cui ratio è evidentemente quella di tutelare la stabilità dell'occupazione di qualsiasi lavoratore impiegato in appalti.

Quanto meno dunque, in caso di aggiudicazione in base ad una lex specialis che non preveda la clausola, è opportuno configurare sia la possibilità di impugnare gli atti di gara da parte delle imprese concorrenti che applicano la clausola sia la responsabilità in capo alla stazione appaltante nei confronti dei lavoratori dell'impresa cessante.

5. Conseguenze del mancato adempimento

5.5 - "Laddove l'impresa affidataria non ottemperi all'impegno assunto in sede di gara e confermato contrattualmente, la violazione imputabile all'appaltatore non rileva ai fini dell'aggiudicazione, in quanto la clausola sociali, secondo la configurazione rinvenibile dall'articolo 100 del Codice dei contratti, costituisce una condizione di esecuzione del contratto. L'inadempimento rileva nell'ambito della responsabilità contrattuale, talché unicamente la stazione appaltante è legittimata ad avvalersi dei rimedi di matrice civilistica, previsti nel contratto, ad esempio clausola risolutiva espressa e penali, e dalla legge (si veda l'articolo 108 del Codice dei contratti pubblici)".

Al rigo 2 dopo "contrattualmente" inserire "e che in ogni caso va considerato obbligo contrattuale anche se per mera omissione materiale non inserita in contratto" .

Come chiarito dall'Anac anche nella parte dei commenti (pagine 11 e 12), nella ipotesi b il non rispetto dell'impegno a rispettare la clausola sociale non è un problema che riguarda l'esecuzione, ma riverbera i suoi effetti indietro, mettendo in discussione l'aggiudicazione. Questo perché altrimenti si rischia una elusione della norma.

Nella fase della esecuzione, le altre parti interessate (altre imprese, sindacato, etc.) sono oramai necessariamente escluse dalla conoscenza di ciò che succede tra stazione appaltante e impresa vincente.

Mentre nel testo si scrive che "la stazione appaltante è legittimata" essa deve inserire nel contratto ed utilizzare clausole risolutive espresse e penali adeguate, in modo che abbiano funzione deterrente dell'elusione dell'obbligo contrattualmente accettato dall'impresa.

Sul piano tecnico, va poi chiarito il richiamo all'art. 108 in quanto esso non cita espressamente questa fattispecie come causa di risoluzione del contratto. Nel caso lo stesso articolo va adeguato alla tassatività delle clausole sociali come novellato dal Correttivo 2017.

Grave dal punto di vista dell'obbligatorietà della clausola sociale è l'interpretazione dell'Autorità in ordine alle conseguenze del mancato rispetto della clausola sociale, che si risolvono nell'ambito della "responsabilità contrattuale".

In sostanza, se la stazione appaltante non prevede la clausola risolutiva espressa (che automaticamente risolve il contratto), le conseguenze saranno solo risarcitorie. La clausola sociale, ad avviso dell'ANAC, è una condizione di esecuzione del contratto a norma dell'art.100 del Codice. In realtà l'art. 100 tratta non delle clausole sociali obbligatorie ma solo di "requisiti particolari per l'esecuzione del contratto" che possono attenersi ad esigenze sociali e ambientali. Condizioni, dunque, che non riguardano la tutela del personale già impiegato.

Ed, infatti, la stessa Autorità ai punti 6.1 e 6.2 indica esattamente il contenuto dell'art.100 del Codice: ulteriori requisiti e condizioni di esecuzione.

Il consolidato orientamento della giurisprudenza amministrativa che afferma l'annullamento dell'intera procedura, nell'ipotesi di mancato inserimento della clausola sociale negli atti di gara si pone in contrasto con l'indicazione dell'ANAC. Al medesimo fatto: il mancato rispetto della clausola sociale si collegano effetti diversi. Se la clausola sociale non è inserita per colpa della stazione appaltante, la gara deve essere ripetuta; se l'impresa dopo averla accettata la viola, di contro, la gara resta valida. Una conseguenza del tutto irragionevole. A questo proposito si vede la giurisprudenza

del Consiglio di stato (n. 2078/2017) che ha affermato come non sia del tutto condivisibile la tesi che relega ogni rilevanza della clausola sociale alla fase di esecuzione dell'appalto.

La distinzione tra l'ipotesi del rifiuto in gara di accettazione della clausola e inadempimento dell'obbligo contrattualmente assunto, per quanto giuridicamente plausibile, è inaccettabile in ragione delle conseguenze cui porta; conseguenze di nuovo tali da vanificare la portata della clausola e, con essa, la ratio dell'art. 50.

Tale distinzione si fonda sulla qualificazione della clausola sociale come condizione di esecuzione del contratto, di nuovo in continuità con il quadro normativo e giurisprudenziale previgente.

Nulla però giustifica tale conclusione, considerando che la norma è collocata nel titolo III del nuovo codice (in specie, sub capo I sulle modalità comuni alle procedure di affidamento) e non nel titolo V (relativo appunto, all'esecuzione). Nulla osta dunque a considerare il mancato rispetto della clausola sociale una ragione di esclusione dalla gara, aderendo alla seconda opzione interpretativa suggerita dall'ANAC che identifica nel comportamento dell'impresa la "sostanziale volontà di non accettazione della clausola". E' evidente che la soluzione cui invece aderisce l'ANAC solo formalmente fa salva l'ipotesi di esclusione dalla gara: poco più che di scuola è il caso in cui un'impresa dichiara preventivamente la propria volontà di non rispettare la clausola, sapendo che è assai più conveniente limitarsi a non applicarla dopo aver ottenuto l'affidamento.

Nota esplicativa

Parte seconda

3. le clausole sociali negli affidamenti sopra soglia

13° periodo:

"È opportuno, inoltre, che in sede di offerta l'operatore economico accetti espressamente la clausola in questione e che, naturalmente, l'obbligo sia riportato anche nel contratto poi sottoscritto con l'affidatario".

Sostituire "è opportuno" con "è necessario" (cioè l'impresa in sede di offerta deve sottoscrivere e mettere in busta una specifica dichiarazione).

4. il rapporto con i contratti collettivi

- "Si tratta di valutare se, nei casi in cui i CCNL prevedono specifici obblighi di riassorbimento, le stazioni appaltanti possano derogarvi (ad esempio, nel sotto soglia, dove l'articolo 36, comma 1, indica la previsione della clausole sociali in termini di mera possibilità). Nel documento di consultazione, si è aderito all'orientamento per cui, stante il potere rappresentativo conferito alle associazioni datoriali firmatarie, le imprese tenute all'applicazione del CCNL devono osservare la prescrizione relativa all'assorbimento del personale uscente, anche a prescindere dalla previsione ad hoc..."

in Coerenza con la posizione più generale sulla tassatività delle clausole sociali, come affermato nella parte di commento al documento di consultazione, questa interpretazione dell'Anac va sostenuta, da un lato, affermandone la validità anche per le imprese non firmatarie di un Ccnl che preveda tale

obbligo, se non altro per garantire la par condicio degli offerenti e per impedire elusioni del chiaro obbligo discendente dal codice, e dall'altro tener conto anche della rappresentatività, a livello nazionale delle organizzazioni comparativamente più rappresentative.

9. Confcooperative

In primo luogo si ritiene importante evidenziare l'apprezzamento per l'iniziativa dell'ANAC e per i contenuti delle Linee guida che si condividono. Si riportano di seguito alcune osservazioni.

1. Nella nota esplicativa al paragrafo 4, in relazione ai contratti collettivi che prevedono la tutela della stabilità occupazionale si chiede di aggiungere "cooperative del settore socio-sanitario assistenziale-educativo e di inserimento lavorativo (articolo 37)". Il riferimento è al CCNL delle cooperative sociali siglato da Confcooperative Federsolidarietà, Legacoopsociali, Agci Solidarietà e FP-Cgil, UIL-FPL, Cisl-FP e Fisascat Cisl.

2. Si ritiene importante l'aver previsto un paragrafo sulle clausole sociali diverse dal riassorbimento del personale e in particolare il riferimento all'inserimento lavorativo di persone svantaggiate.

3. Nella nota esplicativa al paragrafo 4, laddove si fa riferimento ai contratti collettivi di settore di cui all'articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81, si ritiene importante esplicitare che "per contratti collettivi si intendono i contratti collettivi nazionali, territoriali o aziendali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale." Tale precisazione è fondamentale per evitare i rischi che si faccia riferimento ai contratti di dubbia o nulla rappresentatività che minino la retribuzione ed i diritti dei lavoratori.

4. Si auspica, infine, che l'Autorità dirami per il futuro orientamenti specifici anche in tema di clausole sociali "lato sensu" (art.3,c.1,lett.qqq) al fine di precisare ed uniformare la valorizzazione negli atti di gara dei molteplici aspetti afferenti la protezione sociale delle persone.

10. Finco

Paragrafo 2

Si concorda con l'applicazione facoltativa e non obbligatoria della clausola sociale nel caso di appalti che non abbiano un'alta intensità di manodopera.

Paragrafo 3

Si concorda con l'individuazione di una serie di condizioni solo al verificarsi delle quali si applicano le clausole sociali.

Il rispetto di clausole sociali che siano puro e semplice spostamento di manodopera da una azienda uscente ad una subentrante con tutti i connessi problemi organizzativi che questo comporta all'impresa subentrante è argomento particolarmente delicato. E', dunque, positivo l'aver individuato criteri oggettivi che possano guidare le Stazioni Appaltanti nell'applicazione di queste clausole.

Paragrafo 6

Si concorda sul fatto che le Stazioni Appaltanti possano prendere in considerazione fattori di rilevanza sociale diversi dal riassorbimento del personale, ex articolo 100 del Codice dei Contratti, come ad

esempio l'adozione di misura di sicurezza ulteriori per i lavoratori, l'inserimento di lavoratori svantaggiati, ecc.

Si esprimono però dubbi sul fatto che elementi di rilevanza ambientale possano essere usati al posto di fattori di rilevanza sociale dal momento che con i due criteri vengono perseguiti obiettivi diversi ed il fatto che siano entrambi riportati all'articolo 100 non li rende intercambiabili come del resto il fatto che siano entrambi previsti all'art. 1, comma 1, lettera ddd) della Legge Delega (L 11/16) .

Perplessità si esprimono anche sull'utilizzabilità delle clausole sociali quali elementi di aggiudicazione dell'appalto nel caso di Offerta Economicamente più Vantaggiosa dal momento che il Codice – come è sottolineato nel documento stesso - ne fa un elemento rilevante nella fase di esecuzione (art. 100 Codice Contratti) e non dell' aggiudicazione dell'appalto.

[Si segnala a questo proposito un refuso a pagina 6, seconda riga, laddove si cita l'art. 95, comma 69 del Codice che non esiste.]

Analoghe – ed anzi maggiori - perplessità vengono espresse in merito all'uso dei criteri sociali quali elementi da valutarsi con riferimento al costo del ciclo di vita del bene.

11. Fise Assoambiente

FISE Assoambiente è l'Associazione che storicamente rappresenta a livello nazionale ed europeo le imprese italiane che operano nel settore della gestione dei rifiuti, delle bonifiche e dei servizi di igiene ambientale. Lavoriamo per favorire la qualificazione e lo sviluppo industriale del settore nell'ambito della Circular economy, assicurare condizioni per una equa competizione tra aziende pubbliche e private (sia a livello fiscale che di mercato), garantire su tutto il territorio nazionale omogenee condizioni autorizzative e di attuazione delle disposizioni normative, rappresentare le imprese associate nelle sedi Istituzionali.

FISE Assoambiente stipula da oltre 60 anni il CCNL di categoria per le imprese private del settore dei servizi ambientali, applicato a circa il 45% degli addetti del comparto, con le competenti organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative Fp-CGIL, Fit-CISL, UilTrasporti e FIADEL. FISE Assoambiente è l'unica Associazione nazionale di categoria firmataria del CCNL di settore per le imprese private dei gestori di rifiuti.

Inoltre, FISE Assoambiente ricopre un ruolo attivo, essendone “fonte istitutiva” insieme alla rappresentanza datoriale delle imprese pubbliche del settore, nella gestione del Fondo Pensione “Previambiente” e del Fondo Sanitario Integrativo del sistema sanitario nazionale denominato “FASDA”, che erogano prestazioni in favore dei dipendenti delle aziende.

Con riferimento al documento in consultazione si evidenzia quanto segue.

Punto 4, della nota esplicativa: “Il rapporto con i contratti collettivi”

Si ritiene che nell'ambito dei servizi ad alta intensità di manodopera, come definiti dall'articolo 50 del d. lgs. n. 50/2016, per i quali la stessa norma prevede l'inserimento obbligatorio nei bandi di gara della clausola di assorbimento del personale, sia sempre espressamente identificato, qualora individuabile, il CCNL “strettamente connesso con l'oggetto dell'appalto” e sottoscritto dalle

associazioni dei datori e prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale.

Come è noto infatti le attività di servizi ad alta intensità di manodopera sono disciplinate da contratti collettivi di categoria (vedi elenco punto 4, della nota esplicativa ANAC, cui aggiungere per completezza il CCNL igiene ambientale imprese private sottoscritto da Assoambiente 6.12.2016 (art. 6) e quello per le imprese pubbliche Utilitalia 10.7.2016 (art. 6), il CCNL Attività Ferroviarie 16.12.2016 (art. 16bis), il CCNL Servizi postali in appalto 22.12.2015 (art. 7), il CCNL Lavanderie industriali 11.5.2017) che contemplano, pur con diverse modalità, la clausola sociale di assorbimento del personale avente diritto sulla base dei requisiti previsti da ciascun contratto; pertanto l'individuazione del CCNL avente i requisiti di cui all'articolo 30, quarto comma, del d. lgs. n. 50/2016 è in questi casi sufficientemente agevole.

In tal modo, con l'espressa indicazione del CCNL da applicare per lo svolgimento dei servizi da appaltare, le imprese concorrenti si ritroveranno in pari condizioni, a beneficio della trasparenza e della corretta applicazione del Codice degli appalti.

Qualora infatti fosse possibile, nelle maglie del Capitolato di gara, disapplicare il CCNL di categoria poiché non espressamente indicato, le imprese che lo applicano si troverebbero penalizzate non solo sotto questo profilo, ma anche dal fatto che la clausola sociale sarebbe esigibile secondo l'interpretazione contrattuale (le clausole sociali di norma sono ovviamente orientate alla massima salvaguardia possibile dell'occupazione, e quindi senza margine di discrezionalità sul numero o sulla scelta dei lavoratori da assorbire) per le imprese che applicano il CCNL di categoria, mentre per le altre concorrenti la clausola si applicherebbe secondo i più recenti orientamenti interpretativi giurisprudenziali amministrativi e comunitari in base ai quali l'azienda subentrante è tenuta all'assorbimento del personale nei limiti del fabbisogno della propria organizzazione.

E' lo stesso documento ANAC infatti a sostenere che "le imprese tenute all'applicazione del CCNL devono osservare la prescrizione relativa all'assorbimento del personale uscente, anche a prescindere dalla previsione ad hoc che la stazione appaltante inserisca nella lex specialis".

E' pertanto doveroso, secondo FISE Assoambiente, che l'ANAC fornisca un chiaro ed inequivocabile indirizzo alle stazioni appaltanti affinché sia sempre indicato esplicitamente il CCNL avente i requisiti di cui all'articolo 30, quarto comma, del d. lgs. n. 50/2016 e s.m.i.; in tal modo, anche la clausola sociale sarà applicata in maniera omogenea da tutti gli operatori concorrenti all'aggiudicazione dell'appalto.

Punto 6, della nota esplicativa – "Le clausole sociali diverse dal riassorbimento del personale"

Su tale argomento, evidenziamo una pronuncia di codesta rispettabile Autorità emessa il 18/5 u.s. n. 0042675 che ha definito lesiva dei principi di concorrenza e di parità di trattamento l'attribuzione di un maggior punteggio in relazione alla formazione del personale impiegato nell'appalto, clausola considerata eccessivamente favorevole per il fornitore uscente; trattavasi nel caso di specie di personale "svantaggiato" alle dipendenze di una cooperativa sociale.

12. Legacoop

La decisione dell’Autorità di emanare una linea guida ex articolo 213, comma 2, del Codice dei Contratti Pubblici, sulle clausole sociali è ampiamente condivisibile, soprattutto in considerazione del comportamento non sempre univoco da parte delle stazioni appaltanti e da parte dei concorrenti che applicano contratti che non prevedono salvaguardia dei lavoratori.

Essa può infatti rappresentare un utile strumento di orientamento soprattutto in materia di modalità dei passaggi di personale e utilizzo dei contratti collettivi nazionali di lavoro, garantendo par condicio tra tutti i concorrenti nel rispetto della normativa e del costo del lavoro.

Negli ultimi anni la concorrenza tra diversi CCNL nel medesimo settore, da massima espressione del principio di pluralismo sindacale, si è infatti trasformata in una competizione al ribasso dando luogo alla proliferazione di fenomeni di dumping contrattuale che stanno assumendo la dimensione di una vera e propria piaga sociale: i c.d. contratti collettivi “pirata”.

Questo fenomeno determina, non solo un peggioramento delle condizioni di lavoro, rispetto agli standard contrattuali (economici e normativi) dei settori di riferimento, ma anche una concorrenza sleale tra imprese perché incentrata soltanto sul (basso) costo del lavoro (c.d. dumping).

Il dato è ancora più allarmante, trattandosi di sistemi di rappresentanza che hanno generato welfare con prestazioni e servizi, i cui oneri, a carico di imprese e lavoratori, gravano anche sulla fiscalità generale. Oneri di cui, evidentemente, non si fanno carico imprese e lavoratori coperti dai contratti collettivi alternativi e a basso costo.

La diffusione di tali contratti è ampia e basta consultare la banca dati del CNEL per vedere come negli ultimi anni siano proliferati contratti collettivi nazionali di lavoro sottoscritti dalle più varie rappresentanze datoriali e sindacali, prive di una reale consistenza numerica. Infatti, secondo il CNEL, sono 868 i CCNL censiti nell’ultimo aggiornamento, ma, tra questi, solo 300 sono considerati “regolari”, tant’è che il Presidente del CNEL ha di recente proposto di apporre ai contratti conclusi da organizzazioni dotate della necessaria “rappresentatività” una sorta di “certificazione di qualità”.

Al fine di intervenire su questo problema di rilevanza prioritaria riteniamo utile che la linea guida possa essere integrata sotto tali profili che di seguito illustreremo, non senza comunque esprimere condivisione per la sua impostazione e per i suoi principali contenuti, che sono in linea con la giurisprudenza prevalente in materia e in continuità con alcuni condivisibili passaggi contenuti nei Bandi tipo n.1 e n. 2, già emessi dall’Autorità.

2. AMBITO DI APPLICAZIONE

La lettura dell’articolo 50 non sembra prevedere per la stazione appaltante una facoltà sull’inserimento della clausola sociale al di fuori dei casi esplicitamente esclusi (puntualmente individuati dalla Linea Guida), ma una particolare attenzione a quelli ad alta intensità di manodopera (con particolare riguardo).

Pertanto, al di fuori dei casi individuati da paragrafo 2.2, l’inserimento della clausola sociale dovrebbe essere obbligatoria.

3. LE CLAUSOLE SOCIALI NEGLI AFFIDAMENTI SOPRASOGLIA

Dalla lettura dell'art. 29, co. 3, d.lgs. n. 276/2003, così come modificato dalla legge 122/2016, emerge come, nei casi di acquisizione di personale già impiegato nell'appalto a seguito di subentro di nuovo appaltatore - c.d. "cambio appalto" - è esclusa l'applicazione della disciplina dettata dall'art. 2112 c.c. in tema di trasferimento di azienda, o di parte d'azienda, solo qualora:

- ✓ il nuovo appaltatore sia dotato di una propria struttura organizzativa ed operativa;
- ✓ siano presenti elementi di discontinuità che determinano una specifica identità d'impresa.

Pertanto, in base all'attuale formulazione dell'articolo 29, comma 3, del D.lgs. 276/03 il nuovo appaltatore quando attua il "cambio appalto" - nella maggior parte dei casi in presenza di previsioni della contrattazione collettiva - può assumere lavoratori occupati dal precedente appaltatore, procedendo sostanzialmente a delle assunzioni "ex novo", con possibilità di ridefinizione autonoma di ogni aspetto del rapporto di lavoro: orario, mansioni, inquadramento, trattamenti economici e normativi.

Le controindicazioni in caso di applicazione della disciplina del trasferimento d'azienda contenuta nell'articolo 2112 c.c., sarebbero invece rilevantissime: infatti, sulla base dell'art. 2112 c.c., il nuovo appaltatore sarebbe tenuto a subentrare in tutti i rapporti di lavoro che facevano capo al vecchio appaltatore, dovendo garantire la continuità del rapporto e rispondendo in via solidale con il vecchio appaltatore per i crediti dei dipendenti esistenti al momento del trasferimento.

Inoltre, nel caso in cui il personale occupato presso il precedente appaltatore risulti eccedente e non integralmente assorbibile dal nuovo appaltatore, quest'ultimo dovrà comunque subentrare in tutti i rapporti di lavoro per poi porre in essere iniziative di riduzione di personale, individuali o collettive, a seconda dell'entità dell'esubero, con tutti i connessi rischi di impugnativa.

Del pari, eventuali licenziamenti posti in essere dal precedente appaltatore in ragione della cessazione dell'appalto potrebbero essere impugnati così coinvolgendo anche il nuovo appaltatore per i profili risarcitori / reintegratori.

Anche sotto il profilo procedurale, l'applicazione della disciplina dell'art. 2112 c.c. comporterebbe l'onere per l'appaltatore uscente e per quello subentrante di attivare preventivamente la procedura sindacale prevista dall'art. 47 legge 428/90, in presenza di determinati requisiti dimensionali.

Inoltre, il codice civile stabilisce che chi aliena un'azienda deve astenersi per un periodo massimo di 5 anni dal trasferimento d'azienda dall'iniziare una nuova impresa che per oggetto, ubicazione o altre circostanze possa sviare la clientela dell'azienda ceduta; altra clausola che rende inapplicabile la disciplina del trasferimento d'azienda al cambio di appalto.

Infine, l'incertezza normativa rischierebbe di aprire nuovi fronti di contenzioso giuslavoristico in materia di appalti, rimettendo alla mera interpretazione giudiziale la decisione sulla fattispecie da applicare, con conseguente incertezza per gli operatori del settore nel valutare ex ante la disciplina cui attenersi, con possibile coinvolgimento anche dei Committenti nelle rivendicazioni dei lavoratori coinvolti.

Pertanto, alla luce di quanto sopra esposto si chiede di aggiungere al termine del paragrafo la precisazione che, anche in considerazione delle condizioni descritte nelle sue parti precedenti, che

rappresentano, anche se non esaustivamente, quegli elementi di discontinuità che determinano una specifica identità di impresa, la disciplina sul trasferimento d'azienda o di parte d'azienda non è applicabile in caso di cambio d'appalto.

Segnaliamo infine che, proprio in attuazione di tale principio, alcuni CCNL prevedono una clausola sociale che limita la tutela al solo personale operante in maniera diretta nell'appalto, escludendo così coloro che operano nello stabilimento.

4. IL RAPPORTO CON I CONTRATTI COLLETTIVI

Con riguardo al tema dell'applicazione dei CCNL di settore, il riferimento alle norme in essi contenute sui passaggi di personale è solo uno degli aspetti di rilievo di cui il committente deve tener conto sia in fase di predisposizione del bando che in fase di valutazione dell'offerta e di verifica dell'esecuzione.

Altro aspetto di cui tener conto è quello del rispetto dei costi contrattuali posti a base di gara.

Infatti, se è vero che l'utilizzo di uno specifico CCNL non sia imponibile tramite il bando all'appaltatore e fermo restando ovviamente l'impossibilità per quest'ultimo di applicare in fase di esecuzione contratti estranei alle prestazioni da svolgere, è altrettanto necessario, per garantire par condicio tra i concorrenti, impedire che la mancata congruità del costo del lavoro, così come individuato nel bando di gara ai sensi dell'articolo 23, comma 16 del Codice, possa essere giustificata con la motivazione dell'applicazione di un diverso contratto collettivo, rispetto a quello utilizzato per la determinazione della base d'asta.

In tal senso milita anche il combinato disposto delle lettere a) e d) dell'articolo 97, comma 5, che impongono che la verifica dell'anomalia dell'offerta tenga conto del rispetto:

1. degli obblighi di cui all'articolo 30, comma 3 ;
2. dei minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle del Ministero del Lavoro.

In pratica, una volta stabilita dalla stazione appaltante, anche sulla base delle gestioni precedenti, la componente costo del lavoro per l'appalto, essa può essere riconsiderata dall'offerente solo sulla base di una diversa organizzazione dell'impresa e della prestazione, di cui comunque la stazione appaltante deve verificare la congruità.

In ogni caso le commissioni giudicatrici dovrebbero avere la facoltà, in sede di verifica di congruità, di sindacare la legittimità o meno dell'applicazione di un CCNL diverso da quello considerato per individuare la base d'asta.

Si rileva, infine, che talvolta l'inquadramento del personale ed il CCNL di riferimento non sono in linea con il servizio affidato e che tale errore di inquadramento può comportare maggiori oneri rispetto ad una gestione più coerente del personale.

Tali problemi possono essere oggetto di contenziosi lunghi e gravosi. Nella realtà si verifica anche che i dati trasmessi dalle Stazioni appaltanti in gara (numero addetti, qualifica, monte ore ecc.) siano desunti da dichiarazioni unilaterali del gestore uscente non sempre e non facilmente verificabili dal Committente.

È opportuno che le linee guida invitino le stazioni appaltanti a fare verifiche in campo sui dati dichiarati e che tali dati siano riferiti ad un periodo definito (ad es. ultimi 2 o 3 mesi).

Infine, sarebbe opportuno indicare alle stazioni appaltanti un soggetto (CNEL, Ispettorato Nazionale del Lavoro) che li supporti nell'individuazione del corretto CCNL per l'individuazione della base d'asta.

5. CONSEGUENZE DEL MANCATO ADEMPIMENTO

Chi non dichiara il rispetto della clausola viene escluso in gara e la mancata applicazione di quanto dichiarato non può che dar luogo alla risoluzione contrattuale da indicare chiaramente nei documenti di gara.

6. LE CLAUSOLE SOCIALI DIVERSE DAL RIASSORBIMENTO DEL PERSONALE

La valorizzazione delle esigenze sociali (par 6.3) andrebbe meglio specificata mediante l'introduzione di criteri premiali di valutazione delle offerte di chi si impegna a valorizzare il lavoro nelle varie forme di addestramento, formazione tecnica specifica e crescita professionale, certificazioni etiche e di rispetto dei diritti dell'uomo ovvero la tracciabilità del personale e la condivisione delle buste paga, che potrebbe essere di ausilio alla verifica del rispetto della clausola sociale..

13. Utilitalia

1) IDENTICA EFFICACIA CLAUSOLA SOCIALE INDIPENDENTEMENTE DA QUALE SIA LA FONTE CHE LA PREVEDE.

Nel testo delle linee guida emerge l'intenzione di aderire all'interpretazione per cui le clausole sociali vincolerebbero differentemente le imprese a seconda che le imprese nuove affidatarie siano tenute o meno (per vincolo associativo - vale a dire iscrizione all'associazione datoriale firmataria del CCNL che contiene la clausola sociale) all'applicazione del CCNL di settore.

Infatti per chiarire l'intensità degli obblighi di riassorbimento del nuovo affidatario al punto 3.2, terzo capoverso le linee guida specificano che "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 del lavoro elaborata dal nuovo assuntore". Nel quarto capoverso si afferma conseguentemente che "...i lavoratori che non trovano collocazione nella nuova organizzazione sono destinatari, nel rispetto delle procedure sindacali, delle tutele apprestate dagli ammortizzatori sociali previsti dalla legge".

Per quanto riguarda invece le imprese tenute all'applicazione del CCNL contenente la clausole sociali, invece, al punto 4.2 si afferma che "...osservano la prescrizione relativa all'assorbimento del personale uscente, anche a prescindere dalla previsione ad hoc inserita nella lex specialis, tenuto conto del richiamo espresso, ad opera del predetto articolo 50, della disciplina recata dai contratti collettivi di settore di cui all'articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81"; ne deriva che le imprese obbligate all'applicazione del CCNL sarebbero tenute all' "...applicazione delle clausole sociali

avviene in armonia con la disciplina recata dalle disposizioni contenute nei contratti collettivi di settore”.

Una tale distinzione non trova alcun riscontro nel dato testuale dell’art. 50 del D.lgs. n. 50/2016. In esso si afferma semplicemente che nell’ambito di applicazione individuato dallo stesso art. 50, i bandi di gara, gli avvisi e gli inviti inseriscano le 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. Non si prevede alcuna differenziazione di efficacia delle clausole sociali a seconda che l’affidatario sia tenuto o meno all’applicazione del CCNL. Anzi se mai è vero il contrario.

O si afferma che il rinvio della legge al CCNL di settore di cui all’art. 51 del D.lgs. 81/2015 attribuisce a quei contratti, ed alla clausola sociale in essi contenuta, l’efficacia propria della legge (e non del contratto collettivo di diritto comune), e quindi che tale clausola si impone rigidamente a tutte le imprese che partecipano a quel genere di appalti, ed indipendentemente dal loro eventuale vincolo associativo, o - e questa seconda interpretazione appare preferibile - le clausole sociali vincolano l’affidatario indipendentemente dal fatto che esso sia iscritto o meno ad un’associazione datoriale che ha sottoscritto il CCNL che prevede la clausola sociale per la stabilità occupazionale. In questa seconda ipotesi però l’affidatario deve essere libero di contemperare il contenuto della clausola sociale con le proprie esigenze di assunzione relative all’esecuzione del nuovo contratto.

E’ questa ben vedere l’interpretazione che meglio si armonizza con i principi di derivazione europea, ma anche interni propri della nostra Costituzione, sulla libertà d’impresa e a tutela della concorrenza. Del resto quella appena esposta risulta anche l’interpretazione accolta del Consiglio di Stato con sentenza 17 gennaio 2018, n. 272 (peraltro citata dall’ANAC, nella nota illustrativa (pag. 11) alle nelle stesse linee guida.

Il Consiglio di Stato, con la predetta sentenza, ha affermato che “La latitudine applicativa degli obblighi connessi alla c.d. "clausola sociale" come sopra delineata, confermata dalla giurisprudenza Eurounitaria (si vedano Corte di Giustizia dell’Unione Europea 9/12/2004 in C-460/2002 e 14/7/2005 in C-386/2003) non varia, diversamente da quanto ritenuto dai giudici di prime cure, in ragione della fonte da cui la stessa trae origine (del resto la succitata sentenza Cons. Stato, Sez. III, n. 2078/2017, richiamata anche nella pronuncia qui gravata, è intervenuta proprio nell’ambito di una controversia nella quale era applicabile il menzionato art. 335 del CCNL "Aziende del S.T."). Invero l’obbligo di riassorbimento del personale impiegato dal precedente appaltatore va comunque armonizzato con l’organizzazione d’impresa prescelta dall’imprenditore subentrante, e ciò anche laddove tale obbligo sia previsto dalla contrattazione collettiva”.

Ed ancora con riguardo all’irrelevanza del fatto che il nuovo affidatario sia tenuto o meno all’applicazione della clausola sociale “... nessun argomento a favore della tesi accolta nell’impugnata sentenza (secondo cui l’impresa tenuta all’applicazione del CCNL contenete la clausola sociale deve rispettare integralmente gli obblighi di riassorbimento in essa previsti) può trarsi dagli artt. 30 e 50 del D.Lgs. n. 50 del 2016. Concludendo il discorso, con affermazione che non lascia spazio ad interpretazioni diverse, si afferma che “In definitiva la c.d. "clausola sociale", qualunque sia la fonte da cui derivi, dev’essere armonizzata con l’organizzazione aziendale dell’imprenditore subentrante”.

Il fatto che un'azienda sia tenuta all'applicazione del CCNL contenente la clausola sociale, potrebbe rilevare tutt'al più, o nei rapporti endoassociativi, con l'associazione datoriale di appartenenza, o verso i lavoratori, ove la stessa comporti il sorgere di un vero e proprio diritto soggettivo all'assunzione, azionabile ex art. 2932 c.c., purché nella stessa clausola siano individuati i dipendenti da reimpiegare e siano sufficientemente specificati gli elementi essenziali del contratto da stipulare con il secondo appaltatore. Tali profili però esulano dalla competenza dell'ANAC, risultando riservati i primi, alle valutazioni del mondo associativo, ed i secondi, al giudice del lavoro eventualmente adito.

2) MISCELLANEA DI OSSERVAZIONI ULTERIORI

- Si osserva che la responsabilità di cui ai punti 3.2 e 5.3 della bozza di Linea Guida (richiamata anche al punto 3 della nota esplicativa) in merito alla valutazione della compatibilità dell'assorbimento del personale con l'organizzazione di impresa del fornitore subentrante non può essere in capo alla Stazione Appaltante, che diversamente si troverebbe a dover individuare, e conseguentemente chiedere, in fase di gara una documentazione (non chiarita dalle norme e nemmeno dalla linea guida) a comprova di tale compatibilità; il contratto di appalto prescrive in capo all'appaltatore un'obbligazione di risultato che viene raggiunto attraverso scelte imprenditoriali connesse con competenze tecniche proprie dell'impresa appaltatrice (es. analisi tecniche su attrezzature, mezzi d'opera, tecniche di gestione, produttività degli addetti ecc. ecc.) nell'ambito delle quali la committente non deve ingerire in nessun modo, pena lo snaturamento dello stesso contratto di appalto; tutto ciò comporterà inevitabilmente che i documenti forniti in gara verranno accettati, se ben motivati, col rischio di fatto di rendere inefficace e inutile la clausola sociale, e con la conseguenza una scarsa tutela dei lavoratori che non verranno riassorbiti dal nuovo gestore.
- Si chiede che vengano indicati il contenuto e la forma della comunicazione con la quale il subentrante indicherà la lista dei dipendenti ai quali proporre l'assunzione, precisando eventualmente per gli stessi gli elementi essenziali costituenti il contratto di lavoro offerto.
- In merito al mancato adempimento della clausola sociale a seguito della stipula del contratto, si condivide pienamente la prima tesi proposta dall'Autorità (punto 5 Nota esplicativa) che considera l'applicazione della clausola in fase contrattuale una condizione di esecuzione del contratto la cui violazione rileva eventualmente ai fini della risoluzione, ma non inficia la validità della gara. Questa posizione, oltre ad essere in linea con l'attuale giurisprudenza, è coerente con i principi di efficacia ed efficienza nella gestione delle gare.
- Riguardo all'indicazione, prevista nelle Linee Guida, anche del "monte ore" impiegate sulla commessa dall'appaltatore uscente (cfr. utl. cpv del 3° paragrafo):

“La clausola sociale dovrà essere espressamente prevista ed evidenziata a chiare lettere dalla stazione appaltante nella lex specialis (sia nel disciplinare di gara che nello schema di contratto, così come previsto nel bando tipo Anac n.1/2017, paragrafo 24). È opportuno, inoltre, che in sede di offerta l'operatore economico accetti espressamente la clausola in questione e che, naturalmente, l'obbligo sia riportato anche nel contratto poi sottoscritto con l'affidatario.

Allo scopo di consentire ai concorrenti di conoscere i dati del personale da assorbire, la stazione appaltante deve altresì indicare, in modo chiaro, i dettagli delle unità impiegate nell'esecuzione del contratto in corso. In particolare, occorre indicare: numero di unità, monte ore, CCNL applicato dall'attuale appaltatore, qualifica, livelli retributivi, scatti di anzianità, sede di lavoro.”

Appare opportuno che il riferimento al monte ore sia espunto poiché potrebbe ingenerare dei contenziosi con l'appaltatore subentrante, tale dato potrebbe al più essere sostituito con la tipologia di orario di lavoro (full time o % part time) del personale impiegato nell'appalto.

- Si potrebbe valutare di esplicitare che la clausola sociale trovi applicazione nei confronti del solo personale impiegato in via continuativa nell'esecuzione dell'appalto da almeno X mesi prima della pubblicazione dell'avviso di gara, onde evitare che l'appaltatore uscente possa inserire in organico del personale in vista dell'aggiudicazione del servizio ad altro operatore, in analogia con quanto previsto dall'art. 173 del Decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152 “Norme in materia ambientale”.

D) ALTRI

1. Igi- Istituto grandi infrastrutture

PREMESSO che

1. per gli appalti di importo inferiore alle soglie comunitarie, non è obbligatorio inserire nei bandi la clausola sociale, essendo rimesso alla discrezionalità delle stazioni appaltanti il relativo potere (articolo 36, comma 1);
2. per i lavori, la soglia comunitaria non è quella indicata nella lett. d) del comma 2 dell'art. 36, ma quella comunitaria riportata nell'articolo 35; e ciò, in quanto la facoltà contenuta nel comma 1 dell'articolo 36 fa riferimento alle soglie di cui all'articolo 35;
3. l'articolo 50 detta una definizione di contratto ad alta intensità soltanto per i servizi, fissandola in un'incidenza superiore al 50% sull'importo totale;
4. occorre pertanto fornire indicazioni anche per i lavori;
5. a questo fine, è necessario distinguere quelle figure contrattuali come la manutenzione e il global service da altre negozi consimili, precisando se ricadono nei servizi oppure nei lavori;
6. l'articolo 50 richiama il rispetto dei principi dell'Unione europea e, tra questi, bisogna considerare quello sulla proporzionalità, in quanto evita gli eccessi anche normativi;
7. un importante chiarimento da fornire riguarda le seguenti circostanze: (i) la manodopera presa in considerazione ("protetta") non può essere che quella impegnata nella parte finale dei lavori o dei servizi; (ii) l'impresa uscente deve godere di una posizione preferenziale allorché intenda conservare del proprio organico tutti o alcuni dei lavoratori da esse impiegati; (iii) a sua volta, l'impresa entrante potrebbe incontrare difficoltà ad applicare la clausola sociale, e quindi ad assumere dipendenti dell'impresa uscente, qualora disponga di una struttura di uomini da essa giudicata adeguata alle prestazioni da rendere;

8. per i lavori, occorre considerare che l'organizzazione di uomini potrebbe essere, come in effetti è nella maggior parte dei casi, diversa sotto il profilo della competenza operativa, a seconda che si tratti delle lavorazioni di fine lavoro o di quelle di inizio lavoro, ragion per cui la clausola sociale va applicata cum grano salis, tenendo conto delle conseguenti diverse esigenze dell'impresa entrante;

9. sempre per i lavori, non bisogna dimenticare che l'appaltatore, finché l'opera non è collaudata, deve disporre di un nucleo minimo di manodopera in cantiere, per un tempo che abbraccia anche il momento di inizio di attività dell'appaltatore entrante;

10. soprattutto, bisogna considerare che gli appalti non si susseguono in tempi così brevi da permettere il passaggio del personale dall'una all'altra impresa quasi senza soluzione di continuità, in quanto il nuovo appalto potrebbe, e in genere avviene, essere affidato a distanza di tempo dall'ultimazione del precedente. Non esiste cioè quella contemporaneità almeno relativa che permette il trasferimento dei dipendenti da un'impresa all'altra.

E) OPERATORI ECONOMICI

1. Co.Me.S. Cooperativa mediateche sarde

Pluralità di CCNL applicabili: il Consiglio di Stato (III sezione sentenza 5597/2014) ha stabilito che "la clausola sociale non può imporre all'impresa subentrante di prescegliere un determinato contratto collettivo, potendo questa scegliere diverso contratto collettivo". Si chiede a codesta autorità di chiarire sino a quale limite possa arrivare la clausola sociale e se possano essere imposti ad una società subentrante, che legittimamente applica un CCNL o un contratto aziendale diverso rispetto alla società uscente, di applicare istituti retributivi e normativi che derivano da scelte imprenditoriali altrui (CCNL e minimi contrattuali diversi, assegni ad personam, superminimi). Si chiede perciò di meglio chiarire la portata della clausola sociale e specificare che essa (pur nei limiti già delineati dalla Giurisprudenza) può limitarsi esclusivamente a prevedere un obbligo di riassorbimento, la salvaguardia delle mansioni (e quindi il divieto di demansionamento ingiustificato), gli eventuali diritti derivanti dall'anzianità e che tali diritti, in caso di pluralità di CCNL applicabili (e sempre nel novero dei contratti stipulati dalle OO.SS. maggiormente rappresentative) devono essere garantiti avuto riguardo al CCNL applicato in concreto dall'impresa subentrante.

2. Piero Pozzoli

1.- Modelli in house e aggregazioni società di proprietà pubblica

Poiché per l'affidamento di servizi di interesse generale i modelli di affidamento sono 3 (gara, selezione socio privato, in house) è importante fare in modo che le clausole sociali ed i criteri con cui esse debbano venir attuate trovino operatività e siano applicate anche in presenza degli affidamenti diretti e/o delle aggregazioni societarie pubbliche. Ciò è tanto più necessario in quanto dette aggregazioni od affidamenti diretti dovrebbero servire alla "razionalizzazione" ed "economicità" del servizio ed al rispetto del principio per cui gli utenti sono tenuti al pagamento dei soli costi necessari all'espletamento del servizio e non anche a garantire un welfare sociale (di competenza di altri soggetti e da finanziare con la tassazione generale progressiva come prevede la costituzione)

2.- Selezione del personale da assorbire (punto 3.2 ultimo comma)

Nel caso che la nuova organizzazione d'impresa, sia che si tratti di un soggetto privato che dell'aggregazione di società pubbliche e/o dell'affidamento diretto a nuova società in house, non possa supportare l'assorbimento di tutto il personale preesistente si pone il problema della valutazione della capacità effettiva dei vari operatori e della loro adattabilità al nuovo sistema organizzativo e produttivo, valutazione che solo in minima parte può basarsi sugli elementi forniti ai sensi del punto 3.2 ultimo comma.

Inoltre, se si è inseriti di un processo di razionalizzazione e/o creazione di un'impresa con sistemi organizzativi innovativi, ci si potrebbe trovare di fronte ad un profondo contrasto fra i criteri previsti dai contratti di lavoro, le capacità effettive individuali e quelle richieste dal nuovo sistema organizzativo. Addirittura, in considerazione anche della notevole evoluzione tecnologica in atto, si potrebbe verificare il paradosso che nessuno degli operatori da assorbire abbia effettivamente le capacità e le competenze necessarie, anche se nominalmente ed in funzione della qualifica maturata (magari in un contesto diverso e meno selettivo) tali requisiti potrebbero sembrare assodati. Anche su questo punto sarebbe necessario un approfondimento ed un chiarimento

3. Onofaro Antonino s.r.l.

1) in riferimento al punto 3, comma 3.2, ultimo capoverso, del documento di consultazione in aggiunta a quanto già riportato bisogna tener conto dell'obbligo di determinazione del costo della manodopera di cui all'articolo 23, c. 16 del decreto lgs 50/2016 e ss.mm.ii..

2) in riferimento al punto 4.3 si chiede una migliore precisazione nel caso in cui l'applicazione delle clausole sociali avviene in armonia con la disciplina prevista dai contratti collettivi di settore.

nello specifico si chiede che venga menzionato anche il principio di libertà di iniziativa economica e di organizzazione dell'impresa sancito dall'art. 41 della costituzione, purché espressamente richiamato dall'operatore economico in sede di gara.