

L'impatto della clausola sociale nel contratto d'appalto

Non è di certo passata inosservata, agli addetti ai lavori, la pubblicazione in soli 15 giorni (dal 8/6 al 22/6/2018) di 2 pronunce del Consiglio di Stato in materia di "clausola sociale" di contenuto praticamente identico, a dimostrazione del fatto che il massimo Consesso si sta "allineando" alle posizioni della giurisprudenza comunitaria (Corte Giustizia Europea 15/7/2015 C-271/2008) nell'affermare l'inapplicabilità dell'obbligo indiscriminato d'assunzione della manodopera del precedente appaltatore da parte del vincitore della nuova gara.

Tutto ciò sebbene il Legislatore del Correttivo (D.Lgs.n. 56/2017) abbia imposto esattamente il contrario, ovvero espressamente previsto detto obbligo d'assunzione allorquando ha disposto la "clausola sociale" come precettiva.

Già in questa Rivista (TEME n. 11/12 – 2017) si era parlato del tenore dell'art. 50 del nuovo Codice appalti, segnalando come le prime pronunce (TAR Firenze 13/2/2017, n. 231 e Cons.St., V° 28/7/2017, n. 4079) avessero cercato di interpretarne il contenuto "limitandone" il più possibile la portata, mentre il Legislatore del Correttivo ne stava invece contrariamente prevedendo la piena vincolatività.

Così si è passati dal testo del Codice 50 *"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 possono inserire, 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" a quello modificato dal Correttivo in forza del quale "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".

Come noto l'utilizzo del verbo all'indicativo rappresenta (in *legalese*) un "obbligo", un "dovere" da cui ne consegue come le PP.AA., che attualmente esperiscono appalti ad alta intensità di manodopera (che sono, di fatto, la stragrande maggioranza di quelli di servizi), debbano ora sempre prevedere la clausola sociale, ovvero imporre l'obbligo al nuovo aggiudicatario di assunzione di tutto il personale dell'appaltatore precedente.

Ovviamente quello (il personale) che intende "passare"!!!

Le PP.AA., che attualmente esperiscono appalti ad alta intensità di manodopera debbono ora sempre prevedere la clausola sociale, ovvero imporre l'obbligo al nuovo aggiudicatario di assunzione di tutto il personale dell'appaltatore precedente

Ora, in disparte la problematica relativa al caso in cui la *lex specialis* non disponga esplicitamente l'obbligo d'assunzione (secondo il TAR Napoli, I° 1/3/2018, n. 1334 in tal caso l'intera gara dev'essere annullata), le due sentenze quasi coeve danno contezza di come detta clausola debba essere correttamente interpretata.

La prima (Cons.St., III° 8/6/2018, n. 3471) affronta il caso di una gara per appalto di pulizia il cui bando prevedeva l'obbligo d'assunzione e la questione si poneva in quanto la vincitrice s'impegnava ad assorbire tutti gli addetti alle pulizie ma non i due dirigenti coordinatori, sul presupposto che detti non fossero effettivamente "impiegati" nell'attività dedotta in gara e quindi non potessero usufruire della tutela occupazionale a cui mira l'art. 50.

La questione, che può apparire marginale, consente tuttavia al giudice d'appello di chiarire come la clausola sociale sia costituzionalmente e comunitariamente legittimo solo se non comporti un indiscriminato dovere d'assorbimento di "tutto" il personale del precedente affidatario, dovendo al contrario provvedere **ad una equa** ponderazione fra la tutela della stabilità occupazionale con le autonome scelte organizzative ed imprenditoriali del nuovo appaltatore.

Ancora più interessante la pronuncia 22/6/2018, n. 3861 (sez. III°) che, nel confermare l'applicazione della clausola sociale ma con il limite rappresentato dall'art. 41 Cost. (Libertà d'iniziativa economica), precisa che il nuovo esecutore ben possa svolgere il servizio con una minore componente di lavoro rispetto al precedente gestore (per una sua miglior organizzazione, in ragione dell'utilizzo di macchinari ecc.), circostanza che tuttavia provoca alcune conseguenze.

In primo luogo è possibile infatti *"distrarre un lavoratore assunto in virtù della clausola sociale in altra commessa"* (ciò dimostrando, di conseguenza, come la giusta let-

tura della clausola sia quella di tutela del lavoratore e non dell'utente del servizio appaltato), ma soprattutto viene precisato come i lavoratori che, non trovano spazio nell'organizzazione del servizio appaltato, non possono essere inseriti dal medesimo in altri settori, devono giocoforza essere *"destinatari delle misure legislative degli ammortizzatori sociali"*, ovvero sono licenziabili !!

In altro termini non è possibile che la clausola sociale disponga un obbligo, del tutto autonomo e generalizzato dal caso concreto, di assunzione a tempo indeterminato del personale già impiegato dalla precedente società affidataria, laddove detto personale sia del tutto "superfluo" al nuovo appaltatore (Cons. St., III°, 30/3/2016, n. 1255).

L'ANAC ha di recente messo in consultazione una bozza di Linea-guida propria sulla "clausola sociale" (a dimostrazione della delicatezza della questione), su cui tuttavia rimandiamo ogni valutazione all'esito della pubblicazione del testo definitivo.

Quello che quindi ad oggi risulta esser certo è che la Stazione appaltante non possa prescindere dall'obbligo di inserire, nelle sue discipline speciali di gara, la clausola sociale che tuttavia non può trovare applicazione in maniera del tutto indiscriminata, ma dev'essere adottata al caso specifico ed in relazione all'offerta tecnica del vincitore nonché alle sue concrete possibilità d'inserimento del personale "passante" in altri appalti gestiti nel medesimo settore.

In caso contrario i dipendenti dell'appaltatore uscente possono usufruire di tutti gli ammortizzatori sociali che la legge garantisce, senza tuttavia poter vantare alcun diritto in capo al nuovo esecutore dell'appalto.

Speriamo solo che queste considerazioni siano in grado di "convincere" anche gli avvocati giuslavoristi che si troveranno a dover difendere i lavoratori "licenziati" degli appaltatori uscenti !!

