

Giovedì 14 marzo 2019

**LE NUOVE LINEE GUIDA ANAC N.13
CHIARISCONO L'AMBITO
PRATICO/APPLICATIVO DELLA
CLAUSOLA SOCIALE**

Premessa

Con le linee guida n. 13 (adottate con la deliberazione n. 114 del 13 febbraio 2019) l'ANAC fornisce più dettagliate indicazioni circa l'applicazione della clausola sociale (art. 50 del Codice dei contratti) accentuando, per certi aspetti (pur su suggerimento del Consiglio di Stato), anche la responsabilità del RUP e degli operatori economici in relazione alla "programmazione" dell'assorbimento del personale utilizzato dal pregresso gestore del servizio.

Sotto il profilo pratico/operativo è necessario, in particolare, analizzare i nuovi (futuri) adempimenti posti a carico dell'appaltatore, in specie nel caso di appalti ad alta intensità di manodopera, il quale deve formalmente "anticipare", già in fase di domanda, l'organizzazione/gestione del personale da assorbire, attraverso uno specifico "piano di assorbimento".

Le linee guida non sono vincolanti

La prima puntualizzazione è che si tratta di modelli virtuosi suggeriti al RUP e, pertanto, non si è in presenza di indicazioni vincolanti.

Come già evidenziato dal Consiglio di Stato (nel parere n. 445/2019, pur relativo allo schema di linee guida sulle consultazioni preliminari), deve ritenersi superflua la precisazione dell'entrata in vigore delle linee guida, visto e considerato che si tratta di un semplice modello virtuoso la cui applicazione non è vincolante. Anche in queste linee guida il passo conclusivo recita che "Le presenti Linee guida entrano in vigore 15 (quindici) giorni dopo la loro pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana", inciso che dovrebbe essere omissis.

L'ambito oggettivo

Nel documento tecnico (relazione tecnica) che accompagna le linee guida, il primo aspetto su cui l'Authority si sofferma è quello di chiarire l'intensità del vincolo posto dall'articolo 50 del Codice dei contratti.

In fase di consultazione, gli stakeholders hanno aderito, in larga prevalenza, alla tesi della facoltatività, mentre per l'obbligo (dell'assorbimento) propendevano le associazioni sindacali. Ovviamente l'ambito oggettivo principale della clausola è quella degli appalti "labour intensive" (ad alta intensità di manodopera).

Ad avviso dell'Autorità, si legge nella relazione tecnica, "è preferibile dare seguito all'indirizzo, già prospettato nel documento di consultazione e avallato dalla maggior parte degli stakeholders, teso a ritenere che l'inciso previsto dal legislatore valga ad indirizzare, e al contempo a restringere, l'obbligo di prevedere la clausola limitatamente ai contratti" ad alta intensità di manodopera, interpretazione adottata che è stata condivisa anche dal Consiglio di Stato.

Le nuove linee guida Anac n. 13 chiariscono l'ambito pratico/applicativo della clausola sociale

Ovviamente, anche negli appalti ad alta intensità di manodopera – per i quali, nel sopra soglia, il RUP ha l'obbligo di prevedere la clausola sociale (mentre nel sottosoglia rimane facoltativa) – l'obbligo del riassorbimento deve essere inteso in senso comunitario, ovvero ciò deve avvenire in misura proporzionale alle esigenze organizzative dell'appaltatore.

In sintesi, per semplificare, l'aggiudicatario non può essere costretto a riassorbire il personale del pregresso affidatario qualora le esigenze organizzative realmente non lo consentano.

Da notare che, e ciò appare di rilievo, nelle linee guida in commento si chiarisce che le unità del personale da considerare sono costituite, “di regola”, dal “personale dell'impresa uscente calcolato **come media del personale impiegato nei sei mesi precedenti la data di indizione della nuova procedura di affidamento**”.

Le esclusioni (casi in cui la clausola non deve essere riportata nella lex specialis) e l'applicazione pro quota nei contratti misti

Secondo l'ANAC, **la clausola sociale non può essere applicata** (oltre ai servizi intellettuali, di cui nelle linee guida si fornisce una esplicitazione come “servizi che richiedono lo svolgimento di prestazioni professionali, svolte in via eminentemente personale, come ad esempio il brokeraggio assicurativo e la consulenza”) **agli appalti di forniture**, non considerati dal tenore letterale dell'articolo 50 del Codice.

Le prestazioni occasionali

Per le prestazioni occasionali, l'Anac prende a spunto operativo il suggerimento reso in sede di consultazione “in considerazione del fatto che, per tali servizi, la mancanza di stabilità/continuità nell'erogazione delle prestazioni impedisce in radice di configurare un obbligo di riassorbimento”.

Se si optasse per una soluzione diversa, si legge nel documento, si dovrebbe ipotizzare che, a fronte di un servizio, prestazionalmente omogeneo al servizio cessato ma da rendere successivamente (ad esempio per scelta della stazione appaltante) in modalità occasionale (es. pulizia occasionale di un edificio, in precedenza pulito quotidianamente), l'operatore subentrante debba mantenere in organico i lavoratori utilizzati dal precedente assuntore.

I contratti a prestazioni “miste”

Per i contratti “misti”, caratterizzati da prestazioni ad alta intensità di manodopera, si impone un nuovo obbligo per la stazione appaltante, ovvero quello di scorporare (in modo che sia chiaro ai competitori) le prestazioni (sempre che ciò sia oggettivamente possibile). In questo caso il RUP è tenuto ad evidenziare “negli atti di gara, l'esatta porzione di

Le nuove linee guida Anac n. 13 chiariscono l'ambito pratico/applicativo della clausola sociale

contratto assoggettato all'obbligo di riassorbimento del personale, così da orientare i concorrenti in ordine al corretto assolvimento dell'obbligo”.

I presupposti applicativi

La relazione tecnica si sofferma, ampiamente, sulla questione dei presupposti applicativi, giungendo ad un momento di sintesi (espresso nell'approdo del Consiglio di Stato, sez. V, 28 agosto 2018, n. 4079) secondo cui non sarebbe concepibile l'inserimento di clausole volte alla tutela dei livelli occupazionali qualora non sussista, per la stazione appaltante, alcun contratto in essere nel settore di riferimento od **il contratto in essere presenti un'oggettiva incompatibilità rispetto a quello da attivare**.

Sull'intensità del vincolo assunzionale l'authority si è dovuta districare tra un orientamento diretto ad imporre l'obbligo di riassorbimento (nel caso di clausola sociale “discendente” dal CCNL) ed un diverso approccio (meno invasivo) nel caso in cui l'innesto della clausola si debba alla stazione appaltante.

La conclusione è che in entrambi i casi deve prevalere l'orientamento comunitario.

Ed anche a tal proposito si rammenta quanto statuito dal Consiglio di Stato, sez. III, con sentenza n. 3471 dell' 8 giugno 2018, secondo un orientamento che, oramai, si deve ritenere pacifico, di una applicazione dell'obbligo di riassorbimento “costituzionalmente e comunitariamente” orientato, talché la clausola è legittima solo laddove non comporti un generalizzato obbligo di riassorbimento.

Una applicazione rigida della clausola, anche ove apposta nel CCNL – si legge ancora nella relazione tecnica -, è suscettibile di generare effetti distorsivi nell'ambito del procedimento selettivo, in quanto potrebbero verificarsi le seguenti ipotesi:

- a) la stazione appaltante potrebbe non conoscere con assoluta precisione l'organico e l'inquadramento dell'attuale forza-lavoro utilizzata dall'appaltatore;
- b) i CCNL applicati dall'operatore uscente e da quello entrante potrebbero essere diversi (v. paragrafo successivo).

In queste ipotesi, il concorrente assoggettato dal CCNL all'obbligo integrale di riassorbimento potrebbe essere danneggiato nel procedimento selettivo, in quanto scontrerebbe oneri non ascrivibili ai restanti competitors. Ciò avrebbe effetti patologici sullo sviluppo fisiologico della competizione “e, almeno potenzialmente, potrebbe innescare un processo contrario alla tendenza, in atto, di crescente inclusione nei CCNL delle clausole”.

Infine, l'autorità chiarisce che la clausola non opera in caso di subappalto.

Il progetto di riassorbimento

Nuovo obbligo per il RUP – da prendere in considerazione nel momento di predisposizione della legge di gara – è quello della richiesta, ai competitori, di allegare un “progetto di riassorbimento (...) atto ad illustrare le concrete modalità di applicazione della clausola

Le nuove linee guida Anac n. 13 chiariscono l'ambito pratico/applicativo della clausola sociale

sociale, con particolare riferimento al numero dei lavoratori che beneficeranno della stessa e alla relativa proposta contrattuale (inquadramento e trattamento economico)".

Pur essendo un documento da allegare all'offerta, secondo l'ANAC l'eventuale carenza (mancata o parziale allegazione) comporta l'attivazione del soccorso istruttorio integrativo e, evidentemente, specificativo di cui all'articolo 83 comma 9 del Codice dei contratti.

Il perdurare inadempimento – nonostante la richiesta integrativa del RUP – determina esclusione dell'appaltatore per la “mancata accettazione della clausola sociale” .

I rapporti tra progetto di riassorbimento e soccorso istruttorio integrativo

Una prima riflessione, che sotto il profilo pratico occorre esprimere, è quella dei rapporti tra offerta (di cui farà parte anche il nuovo piano di riassorbimento) e soccorso istruttorio integrativo.

E' noto che tanto la norma (art. 83, comma 9 del Codice dei contratti) quanto la stessa giurisprudenza tendono a considerare l'offerta come intangibile per potenziali condizionamenti che possono derivare dalla conoscenza della proposta presentata dall'appaltatore. **Il soccorso, in sostanza ed in particolare quello integrativo, interverrebbe in un momento molto delicato del procedimento, per cui la stessa norma ne prevede l'impossibilità di attivazione.**

La questione della declinazione pratica (e quindi dell'esigenza di allegare un “progetto” di riassorbimento) è stata posta dalla commissione del Consiglio di Stato in sede di parere n. 2703/2018 sullo schema delle linee guida.

Nel parere si puntualizza che in relazione alle informazioni necessarie (sull'applicazione della clausola) è opportuno che l'offerta preveda “un vero e proprio “piano di compatibilità” o “progetto di assorbimento”, **nel senso che l'appaltatore deve ritenersi tenuto ad “illustrare in qual modo concretamente l'offerente, ove aggiudicatario, intenda rispettare** la clausola sociale, ovvero, detto altrimenti, spiegare come e in che limiti la clausola stessa sia compatibile con l'organizzazione aziendale da lui prescelta”.

Questa precisazione è molto importante, a parere di chi scrive, perché impone all'appaltatore di porsi senza riserve mentali di fronte all'obbligo (nel senso sopra prospettato) dell'assorbimento.

In sostanza, fin dal momento della predisposizione dell'offerta il competitore dovrebbe chiarire se ed in quale modo (proporzione) potrebbe dare seguito alle implicazioni che discendono dalla clausola sociale.

Infatti, secondo la commissione speciale incaricata del parere “tale piano di compatibilità **dovrebbe anche rendere esplicito quale concreta condotta l'aggiudicatario intenda adottare per rispettare l'obbligo nei confronti dei lavoratori interessati, condotta che dovrebbe coincidere con la formulazione di una vera e propria proposta contrattuale**”.

Le nuove linee guida Anac n. 13 chiariscono l'ambito pratico/applicativo della clausola sociale

Questo perchè “se la clausola comporta un obbligo, sia pure limitato, di riassunzione, **l'impresa secondo logica è tenuta a formulare una proposta che contenga gli elementi essenziali del nuovo rapporto in termini di trattamento economico e inquadramento, unitamente all'indicazione di un termine per l'accettazione.**

Quest'obbligo di inserimento nell'offerta è in grado, da un lato, di consentire alla stazione appaltante di valutare l'effettiva volontà di rispettare la clausola, dall'altro offre maggiori garanzie al lavoratore, attraverso la previa individuazione degli elementi essenziali del contratto di lavoro”.

Queste indicazioni non sono state recepite nelle linee guida, ma sembra chiaro affermare che rispetto ad una configurazione del piano di riassorbimento nel senso prospettato dal Consiglio di Stato, **il soccorso integrativo non appare tollerabile.**

Un progetto di riassorbimento inteso nel senso appena indicato finisce per trovarsi in “intima connessione” con il complesso dell'offerta tecnica, con una intensità tale da ritenere che il RUP debba invece applicare il divieto (di integrare l'offerta) previsto dal comma 9 dell'articolo 83 del Codice dei contratti.

Non solo, sempre secondo il parere espresso dai giudici di Palazzo Spada, “il bando di gara dovrebbe inserire tra i criteri di valutazione dell'offerta **quello relativo alla valutazione del piano di compatibilità, assegnando tendenzialmente un punteggio maggiore, per tale profilo, all'offerta che maggiormente realizzi i fini cui la clausola tende**”.

Se questo accadesse, sembra logico ritenere inapplicabile il soccorso istruttorio integrativo e l'unico soccorso che residua è quello specificativo.

Nel parere si conclude, sul punto, con l'annotazione che “si tratta, tuttavia, di una scelta che (nda di considerare il progetto di riassorbimento soggetto a valutazione) – sebbene volta a rafforzare l'effettività della clausola – è tuttavia rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante”.

Sul rispetto dell'organizzazione declinata nel progetto sarà compito del direttore dell'esecuzione provvedere al monitoraggio durante la gestione del contratto.

Le conseguenze del mancato adempimento

La mancata accettazione della clausola sociale, secondo l'ANAC, “costituisce manifestazione della volontà di proporre un'offerta condizionata, come tale inammissibile nelle gare pubbliche, per la quale si impone l'esclusione dalla gara”.

Ci si chiede perché questo non si debba desumere dalla mancata allegazione del progetto di riassorbimento.

Anche perché, si deve supporre, la predisposizione di una offerta compatibile con il riassorbimento richiede un impegno significativo.

Non a caso, sempre nel parere della commissione speciale si legge che “è infatti evidente che l'eventualità di un esplicito rifiuto di accettare la clausola da parte dell'offerente rappresenta un'ipotesi di scuola, e che quindi le problematiche maggiori si pongono **nei casi di sua accettazione formale, che però porta al suo mancato rispetto in sede di esecuzione del contratto aggiudicato.**

Le nuove linee guida Anac n. 13 chiariscono l'ambito pratico/applicativo della clausola sociale

In tale contesto, prevedere che l'offerta debba essere formulata rendendo esplicito il "piano di compatibilità" che secondo l'interessato consente di rispettare la clausola stessa rappresenta una garanzia, nel senso che consente di individuare ed escludere le offerte incongrue fin dalla loro presentazione"

L'esclusione, secondo l'ANAC, non può essere fondata, evidentemente, nell'ipotesi in cui l'operatore economico manifesti il proposito di applicarla nei limiti di compatibilità con la propria organizzazione d'impresa. Circostanza che dovrebbe emergere, appunto, dal piano predetto.

L'inadempimento degli impegni assunti dall'appaltatore

Questione diversa, e ci si sposta sul piano civilistico, è quella costituita dall'inadempimento degli obblighi derivanti dalla clausola sociale. In questo caso, il RUP (secondo le comunicazioni del direttore dell'esecuzione) potrà applicare i "rimedi previsti dalla legge ovvero dal contratto".

Nello schema di contratto le stazioni appaltanti inseriscono clausole risolutive espresse ovvero penali commisurate alla gravità della violazione.

Ove ne ricorrano i presupposti, applicano l'articolo 108, comma 3, del Codice dei contratti, comma secondo cui "(...) il responsabile dell'esecuzione del contratto, se nominato, quando accerta un grave inadempimento alle obbligazioni contrattuali da parte dell'appaltatore, tale da comprometterne la buona riuscita delle prestazioni, invia al responsabile del procedimento una relazione particolareggiata, corredata dei documenti necessari, indicando la stima dei lavori eseguiti regolarmente, il cui importo può essere riconosciuto all'appaltatore.

Egli formula, altresì, la contestazione degli addebiti all'appaltatore, assegnando un termine non inferiore a quindici giorni per la presentazione delle proprie controdeduzioni al responsabile del procedimento.

Acquisite e valutate negativamente le predette controdeduzioni, ovvero scaduto il termine senza che l'appaltatore abbia risposto, la stazione appaltante su proposta del responsabile del procedimento dichiara risolto il contratto".

CLAUSOLA SOCIALE – OBBLIGO DI RIASSORBIMENTO DI ALMENO IL 50% DEL PERSONALE – LINEE GUIDA ANAC N. 13 – APPLICAZIONE (ART. 50 D.LGS. N. 50/2016)



[TAR Roma, 15.03.2019 n. 3479](#)

Da rigettare è invece il primo profilo di doglianza con cui è stata contestata la legittimità della clausola, avente valore escludente, che obbligava i concorrenti alla conferma e utilizzo in servizio di almeno il 50% degli operatori già operativi negli Istituti della Rete nell'anno scolastico da poco concluso, considerato che:

a) la stessa giurisprudenza richiamata a sostegno da parte ricorrente ([Consiglio di Stato, sez. III, n. 3471/2018](#)) afferma che la clausola sociale è costituzionalmente e comunitariamente legittima solo se non comporta un indiscriminato e generalizzato dovere di assorbimento di tutto il personale utilizzato dall'impresa uscente, in violazione dei principi costituzionali e comunitari di libertà di iniziativa economica e di concorrenza;

b) nella fattispecie in esame l'obbligo di cui alla contestata clausola riguardava non tutti gli operatori uscenti ma unicamente il 50% degli stessi.

Al riguardo si rammenta che le recenti [Linee Guida ANAC n. 13](#) recanti “La disciplina delle clausole sociali” (approvate con Delibera n. 114 del 13.02.2019) prevedono che la Stazione appaltante, sussistendo le condizioni oggettive e soggettive di applicazione dell'[art. 50](#) del Codice dei contratti pubblici, inserisce la clausola sociale all'interno della lex specialis di gara. L'operatore economico accetta espressamente la clausola sociale e l'obbligo è riportato nel contratto.

In particolare 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 definita dal nuovo assunto. Tale principio è applicabile a prescindere dalla fonte che regola l'obbligo di inserimento della clausola sociale (contratto collettivo, Codice dei contratti pubblici). Ai fini dell'applicazione della clausola sociale, si considera di regola il personale dell'impresa uscente calcolato come media del personale impiegato nei sei mesi precedenti la data di indizione della nuova procedura di affidamento.

Allo scopo di consentire ai concorrenti di conoscere i dati del personale da assorbire, la stazione appaltante indica gli elementi rilevanti per la formulazione dell'offerta nel rispetto della clausola sociale, in particolare i dati relativi al personale utilizzato nel contratto in corso di esecuzione, quali: numero di unità, monte ore, CCNL applicato all'attuale appaltatore, qualifica, livelli retributivi, scatti di anzianità, sede di lavoro, eventuale indicazione dei lavoratori assunti ai sensi della legge 12 marzo 1999, n. 68, ovvero mediante fruizione di agevolazioni contributive previste dalla legislazione vigente. È fatto salvo il diritto dei concorrenti di richiedere, in modo analitico, alla stazione appaltante i dati ulteriori ritenuti necessari per la formulazione dell'offerta nel rispetto della clausola sociale.

Qualora la stazione appaltante non fosse in possesso dei dati richiesti, la stessa provvede a richiederli all'operatore uscente, prestando particolare attenzione all'anonimato delle richieste pervenute, e a renderli noti a tutti i potenziali concorrenti.

Le stazioni appaltanti valutano inoltre la possibilità di inserire, negli schemi contrattuali, specifiche clausole che obbligano gli appaltatori a fornire le informazioni sul personale utilizzato nel corso dell'esecuzione contrattuale.