

Clausola sociale : flessibilità ed elasticità di applicazione

27.03.2023

Consiglio di Stato, sez. V. 20.03.2023 n. 2806

È noto che l'inserimento della clausola sociale comporta per l'offerente il tendenziale obbligo di mantenere i livelli occupazionali del precedente gestore dell'appalto. Tuttavia è stato da tempo precisato in giurisprudenza che la clausola sociale non obbliga l'aggiudicatario ad assumere tutto il personale in carico all'appaltatore uscente né tanto meno ad applicare le medesime condizioni contrattuali né, infine, a riconoscere l'anzianità pregressa. Ciò in quanto, nell'applicazione di dette clausole, è necessario procedere attraverso un bilanciamento fra più valori, tutti di rango costituzionale ed europeo; da un lato il rispetto della libertà di iniziativa economica privata, garantita dall'art. 41 Cost e dall'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (Carta di Nizza), che riconosce la libertà di impresa, conformemente alle legislazioni nazionali; dall'altro il diritto al lavoro, la cui protezione è imposta dall'art. 35 Cost nonché dall'art. 15 della Carta di Nizza (Consiglio di Stato sez. V 2/11/2020 n. 6761; in termini anche Cons. Stato, Comm. spec., parere 21 novembre 2018, n. 2703). Per tali ragioni la clausola va formulata e intesa in maniera elastica e non rigida, rimettendo all'operatore economico concorrente finanche la valutazione in merito all'assorbimento dei lavoratori impiegati dal precedente aggiudicatario. Solo in questi termini la clausola sociale è conforme alle indicazioni della giurisprudenza amministrativa secondo la quale l'obbligo di mantenimento dei livelli occupazionali del precedente appalto va temperato con la libertà d'impresa e con la facoltà in essa insita di organizzare il servizio in modo efficiente e coerente con la propria organizzazione produttiva, al fine di realizzare economie di costi da valorizzare a fini competitivi nella procedura di affidamento dell'appalto (cfr. Cons. Stato, sez. V, 10 giugno 2019, n. 3885; III, 30 gennaio 2019, n. 750; III, 29 gennaio 2019, n. 726; 7 gennaio 2019, n. 142; III, 18 settembre 2018, n. 5444; V, 5 febbraio 2018, n. 731; V, 17 gennaio 2018 n. 272; III 5 maggio 2017, n. 2078; V 7 giugno 2016, n. 2433; III, 30 marzo 2016, n. 1255; Cons. Stato, V, 12 settembre 2019, n. 6148; cfr. anche Cons. Stato, VI, 21 luglio 2020, n. 4665; 24 luglio 2019, n. 5243; V, 12 febbraio 2020, n. 1066).

Per cui, com'è stato ulteriormente precisato (Cons. Stato, sez. VI, 21 luglio 2020, n. 4665), sulla scorta di tale lettura della clausola sociale questa va intesa in termini di flessibilità: la stazione appaltante non può imporre un riassorbimento integrale del personale in quanto verrebbe limitata la libera iniziativa economica dell'operatore concorrente; né, d'altro canto, l'elasticità di applicazione della clausola può spingersi fino al punto da legittimare politiche aziendali di dumping sociale in grado di vanificare gli obiettivi di tutela del lavoro perseguito attraverso la stessa.

Clausola sociale : modalità di attuazione (art. 50 d.lgs. n. 50/2016)

08.06.2022

Consiglio di Stato, sez. V, 03.06.2022 n. 4539

Questo Consiglio di Stato ha infatti posto in risalto che il regime della clausola sociale "richiede un bilanciamento fra più valori, tutti di rango costituzionale, ed anche europeo Ci si riferisce da un lato al rispetto della libertà di iniziativa economica privata, garantita dall'art. 41 Cost, ma anche dall'art. 16 della Carta di Nizza, che riconosce 'la libertà di impresa', conformemente alle legislazioni nazionaliCi si riferisce, dall'altro lato, in primo luogo al diritto al lavoro, la cui protezione è imposta dall'art. 35 Cost., e dall'art. 15 della Carta di Nizza, di analogo contenuto" (Cons. Stato, Comm. spec., parere 21 novembre 2018, n. 2703).

Per tali ragioni detta clausola va formulata e intesa "in maniera elastica e non rigida, rimettendo all'operatore economico concorrente finanche la valutazione in merito all'assorbimento dei lavoratori impiegati dal

precedente aggiudicatario”, anche perché solo in questi termini “la clausola sociale è conforme alle indicazioni della giurisprudenza amministrativa secondo la quale l’obbligo di mantenimento dei livelli occupazionali del precedente appalto va temperato con la libertà d’impresa e con la facoltà in essa insita di organizzare il servizio in modo efficiente e coerente con la propria organizzazione produttiva, al fine di realizzare economie di costi da valorizzare a fini competitivi nella procedura di affidamento dell’appalto (cfr. Cons. Stato, sez. V, 10 giugno 2019, n. 3885; III, 30 gennaio 2019, n. 750; III, 29 gennaio 2019, n. 726; 7 gennaio 2019, n. 142; III, 18 settembre 2018, n. 5444; V, 5 febbraio 2018, n. 731; V, 17 gennaio 2018 n. 272; III 5 maggio 2017, n. 2078; V 7 giugno 2016, n. 2433; III, 30 marzo 2016, n. 1255)” (Cons. Stato, V, 12 settembre 2019, n. 6148; anche Cons. Stato, VI, 21 luglio 2020, n. 4665; 24 luglio 2019, n. 5243; V, 12 febbraio 2020, n. 1066).

Il tema delle modalità di attuazione della clausola sociale è stato affrontato dal Consiglio di Stato anche in sede consultiva, con il parere reso sulle Linee guida Anac n. 13 (delibera n. 114 del 13 febbraio 2019) relative all’applicazione dell’art. 50 del Codice contratti pubblici.

Al riguardo, è stata posta in risalto l’opportunità di prevedere un “vero e proprio ‘piano di compatibilità’ o ‘progetto di assorbimento’, nel senso che l’offerta debba illustrare in qual modo concretamente l’offerente, ove aggiudicatario, intenda rispettare la clausola sociale”; il che confluirebbe nella formulazione di “una vera e propria proposta contrattuale ... che contenga gli elementi essenziali del nuovo rapporto in termini di trattamento economico e inquadramento, unitamente all’indicazione di un termine per l’accettazione”, con conseguente possibilità per il lavoratore di “previa individuazione degli elementi essenziali del contratto di lavoro” (Cons. Stato, parere n. 2703 del 2018).

Allo stesso modo, la stazione appaltante potrebbe valutare se “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”.

Da ciò si ricava chiara conferma che è rimessa al concorrente la scelta sulle concrete modalità di attuazione della clausola, incluso l’inquadramento da attribuire al lavoratore, spettando allo stesso operatore formulare eventuale ‘proposta contrattuale’ al riguardo, anche attraverso il cd. ‘progetto di assorbimento’, introdotto dall’art. 3, ultimo comma, delle predette Linee guida (in proposito, Cons. Stato, V, 1 settembre 2020, n. 5338); il che conferma che dalla clausola sociale non può trarsi sic et simpliciter un obbligo in capo al concorrente di inquadrare il lavoratore con lo stesso livello di anzianità già posseduto.

È stato recentemente sottolineato anche come la clausola non comporti “alcun obbligo per l’impresa aggiudicataria di un appalto pubblico di assumere a tempo indeterminato e in forma automatica e generalizzata, nonché alle medesime condizioni, il personale già utilizzato dalla precedente impresa o società affidataria, ma solo che l’imprenditore subentrante salvaguardi i livelli retributivi dei lavoratori riassorbiti in modo adeguato e congruo”; di guisa che “l’obbligo di garantire ai lavoratori già impiegati le medesime condizioni contrattuali ed economiche non è assoluto né automatico” (Cons. Stato, n. 6148 del 2019, cit.; 16 gennaio 2020, n. 389, in cui si precisa, sotto altro concorrente profilo, che sull’aggiudicatario non grava “l’obbligo di applicare ai lavoratori esattamente le stesse mansioni e qualifiche che avevano alle dipendenze del precedente datore di lavoro”; si veda anche 13 luglio 2020, n. 4515, in ordine al CCNL prescelto).

Per tali ragioni va escluso che la clausola sociale possa implicare la necessaria conservazione dell’inquadramento e dell’anzianità del lavoratore assorbito dall’impresa aggiudicataria.

Del resto, è stato anche rilevato, sotto altro profilo, che l’aspetto inerente al “modo con cui l’imprenditore subentrante dia seguito all’impegno assunto con la stazione appaltante di riassorbire i lavoratori impiegati dal precedente aggiudicatario (id est. come abbia rispettato la clausola sociale) attiene ... alla fase di esecuzione

del contratto, con conseguente giurisdizione del giudice ordinario in funzione di giudice del lavoro” (Cons. Stato, n. 6148 del 2019, cit.; Linee guida Anac n. 13, che all’art. 5 prevedono: “L’inadempimento degli obblighi derivanti dalla clausola sociale comporta l’applicazione dei 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 pubblici”).

02.12.2021

Consiglio di Stato, sez. III, 29.11.2021 n. 7922

La giurisprudenza, anche di questa Sezione, ha costantemente chiarito che alla clausola sociale non può essere attribuito “un effetto automaticamente e rigidamente escludente” e non può pertanto essere intesa “nel senso di comportare un obbligo assoluto per l’impresa aggiudicataria di un appalto pubblico di assumere a tempo indeterminato ed in forma automatica e generalizzata il totale del personale già utilizzato dalla precedente impresa in quanto l’obbligo di riassorbimento dei lavoratori alle dipendenze dell’appaltatore uscente deve essere temperato e reso compatibile con l’organizzazione di impresa prescelta dall’imprenditore subentrante, al fine di realizzare economie di costi da valorizzare a fini competitivi nella procedura di affidamento dell’appalto” (tra le tante: Cons. Stato, sez. III, 28.12.2020, n. 8442; Cons. Stato, sez. V, 2.11.2020, n. 6761; Consiglio di Stato, Sez. VI, 20.10.2020, n. 6336, 29.7.2020, n. 4832 e 24.7.2019, n. 5243; Sez. III, 28.7.2020, n. 4799 e 5.8.2020, n. 4945; Sez. IV, 22.6.2020, n. 3970; Sez. V, 4.5.2020, n. 2796).