

Le tutele occupazionali negli appalti pubblici

*Solveig Cogliani e Veronica Gaccione**

SOMMARIO: *Inquadramento normativo.-2. Le clausole sociali tra tutela del lavoro, libertà di iniziativa economica e concorrenza.- 3. La portata delle clausole sociali. - 4. L'ambito di applicazione delle clausole sociali.-5. Il rapporto con la contrattazione collettiva.-6.L'asimmetria informativa fra imprenditore entrante e imprenditore uscente.-7. Considerazioni finali.*

1. Inquadramento normativo

L'art. 50 del d.lgs. n. 50 del 2016 (di seguito Codice dei Contratti pubblici), come novellato dal decreto correttivo n. 56 del 19 aprile 2017, prevede che *“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”*.

La previsione in oggetto – nella sua formulazione letterale - modifica radicalmente l'impostazione originaria del Codice dei Contratti pubblici, che stabiliva, invece, una semplice facoltà di inserimento della clausola sociale nella *lex specialis* di gara (*“possono inserire... specifiche clausole sociali”*); palesa, dunque, la finalità di salvaguardare la tutela occupazionale dei lavoratori interessati nei cambi di appalto, determinando il sorgere di un obbligo in capo all'impresa subentrante di garantire la stabilità dei lavoratori.

La norma, che tiene conto delle indicazioni contenute nelle direttive 23/24/25 UE (considerando nn. 37, 93, 99 e articolo 18, paragrafo 2, e articolo 70 della direttiva 2014/24/UE), deve necessariamente collegarsi

con l'art. 3, comma 1, lett. qqq) del Codice dei Contratti pubblici, di portata più ampia, che, nel definire le clausole sociali come *“disposizioni che impongono a un datore di lavoro il rispetto di determinati standard di protezione sociale e del lavoro come condizione per svolgere attività economiche in appalto o in concessione...”*, consente alle stazioni appaltanti delle aperture verso previsioni tese a valorizzare aspetti ulteriori rispetto alla mera tutela occupazionale dei lavoratori dell'impresa uscente. Ai fini di un migliore inquadramento normativo, pare interessante raffrontare la disciplina pubblicistica delle clausole sociali contenuta negli articoli suesposti con la disciplina civilistica, facendo particolare riferimento al comma 3 dell' art. 29 del d.lgs. n. 276/2003 a mente del quale: *“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”*¹. Tale disposizione, nello stabilire che se non si configura il trasferimento d'azienda non si applica la relativa tutela di cui all'art. 2112 c.c.², fa sì che in questo caso l'appaltatore subentrante non si debba preoccupare di tutti i debiti lavoristici del precedente appaltatore (TFR, premi ecc.), in tal modo differenziandosi dall'art. 50 del Codice dei contratti pubblici che, prevedendo l'assorbimento del personale dell'impresa uscente, implica di per sé l'obbligo da parte del nuovo appaltatore di doversi accollare i debiti lavoristici di quest'ultima. Ciò osservato, la nozione civilistica di appalto contenuta nell'art. 1655 c.c.³ non costituisce presupposto coerente di

¹ A tal proposito si v. O. RUSSO, *Le clausole sociali: equilibrio competitivo tra tutela sociale ed economica*, in *Amministrativamente*, n. 5-6/2017: L'attuale formulazione dell'articolo scaturisce da un recente intervento legislativo di riforma, su indicazione comunitaria, attuato dalla l. 7 luglio 2016, n. 12218. La precedente versione della norma, infatti, era assolutizzante nel prevedere che *“l'acquisizione del personale già impiegato nell'appalto a seguito di subentro di un nuovo appaltatore, in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro, o di clausola del contratto d'appalto, non costituisce trasferimento d'azienda o parte d'azienda”*; la disciplina italiana sul cambio appalto, nella parte in cui escludeva radicalmente la configurabilità di un trasferimento d'azienda quando l'impresa subentrante in un appalto assume i dipendenti già impegnati dall'imprenditore uscente nell'appalto medesimo, era ritenuta lesiva delle tutele sociali di cui alla direttiva 2001/23/CE.

² Sulla disciplina si veda fra gli altri P. LAMBERTUCCI, *Il trasferimento del ramo d'azienda dopo l'art. 32 D.Lgs. n. 276/2003 un'importante “conferma” della Corte di cassazione*, in *Giurisprudenza Italiana* n.11 del 2013; G.S. PASSARELLI *Il trasferimento di parte dell'azienda tra libertà dell'imprenditore e tutela dei lavoratori*, in *Dialoghi tra Dottrina e Giurisprudenza*, volume 2, edizione Luglio – Dicembre 2004, Giuffrè editore, Milano, 2004; G. S. PASSARELLI, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento d'impresa e di articolazione funzionalmente autonoma*, ed. Giappichelli, Torino, 2014.

³ Ai sensi del quale: *“L'appalto è il contratto col quale una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio verso un*

quanto disciplinato dal codice dei contratti con la previsione della clausola sociale, comportando questa – sempre ad una prima lettura – l’obbligo per l’appaltatore di tener fermi i contratti con il personale del precedente affidatario; si pone, dunque, l’ulteriore problema della compatibilità di siffatta norma con la libertà di iniziativa economica tutelata dall’art. 41 della Costituzione.

A completamento del quadro normativo, occorre infine far riferimento al parere n. 2703/2018 reso dal Consiglio di Stato in sede consultiva sulle Linee guida Anac, rese con l’intento di fornire utili indicazioni circa le modalità di applicazione e di funzionamento dell’istituto in questione, che assume una rilevanza enorme nell’attuale contesto economico, laddove si consideri che il settore degli appalti di servizi *labour intensive*, corrisponde annualmente a circa 3 miliardi di euro e a 4.000 aggiudicazioni.

2. Le clausole sociali tra tutela del lavoro, libertà di iniziativa privata e concorrenza

Da quanto esposto, si comprende come la tematica delle clausole porti con sé non poche problematiche relative al bilanciamento di contrapposti interessi di rilievo costituzionale: la tutela del lavoro da un lato, la libertà d’iniziativa economica dall’altro. Senza contare che le stesse, collocandosi all’interno del Codice dei Contratti pubblici, si intrecciano inevitabilmente anche con la tutela della concorrenza.

In tale contesto, è necessario partire col ricordare che l’art. 1 della nostra Costituzione esordisce con un’affermazione solenne: «*l’Italia è una repubblica democratica fondata sul lavoro*», che non può che significare che non solo che il lavoro determina la prosperità ed il benessere della vita, ma anche che da tale dichiarazione discendono vari diritti che numerosi articoli della medesima Carta costituzionale espongono.

L’art. 41, di seguito, stabilisce la libertà dell’iniziativa economica privata sia pur condizionandola a che essa non si svolga in contrasto con l’utilità sociale o a danno della sicurezza, della libertà o della dignità umana. Esso aggiunge che «*la legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l’attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali*».

Tuttavia, non può dimenticarsi che la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (c.d. Carta di Nizza), differentemente dalla Convenzione europea dei diritti dell’uomo (di seguito: Convenzione EDU), contempla quali principi fondamentali la libertà d’impresa e la tutela dei consumatori.

corrispettivo in danaro”

A seguito dell'approvazione del Trattato di Lisbona, avvenuta il 1° dicembre 2009, l'art. 6 del Trattato sull'Unione europea afferma che *“L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ... che ha lo stesso valore giuridico dei Trattati”*.

Nell'ordinamento nazionale il processo di acquisizione della tutela della concorrenza e del mercato è un'esperienza recente, come dimostrano ad es. l'introduzione solo nel 1990 - con la l. n. 287 - di una disciplina antitrust nazionale, l'inserimento per la prima volta nella Costituzione - all'art. 117, comma 2 - della parola “concorrenza” a seguito della riforma del titolo V nel 2001 e nella disciplina dei contratti pubblici (già in vero nel precedente codice); ma anche le pronunzie della Suprema Corte (Sez. Unite n. 2207 del 2005, che ha per la prima volta riconosciuto al consumatore il diritto al risarcimento del danno da condotta anticoncorrenziale); le sentenze della Corte costituzionale – tra le quali la n. 178 del 2014 – che hanno ricondotto le misure legislative di liberalizzazione delle attività economiche - comprese le professioni intellettuali - alla materia «tutela della concorrenza» e del Consiglio di Stato (si veda ad es. l'Ad. Plen. 4/2016 sulla tutela della concorrenza e del consumatore da pratiche commerciali lesive; sul riparto di competenze tra il giudice amministrativo e l'AGCM in tema di applicazione del codice del consumatore o del codice delle comunicazioni elettroniche ed in ordine alla nuova interpretazione del principio di specialità in materia, anche alla luce del diritto europeo, la n. 4/2018 sulla possibilità di impugnare il bando da parte di chi non ha presentato domanda di partecipazione e sulla immediata impugnazione delle clausole del bando di gara che non rivestano portata escludente).

Il nostro ordinamento e la norma fondamentale sono saldamente ancorati alla tutela dei diritti fondamentali (come del resto anche la Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 1950, poiché entrambe nascono dall'esigenza di superare gli orrori della seconda guerra mondiale); l'Europa si sviluppa nel segno dei valori della concorrenza e del mercato. Ed è recente l'idea dell'avvicinamento degli ordinamenti e delle legislazioni quali via privilegiata per il rafforzamento dell'Unione.

Ecco che, infatti, nel nostro ordinamento era elaborata la c.d. teoria dei controlimiti⁴, secondo la quale i diritti fondamentali prevalgono anche sul diritto dell'Unione europea che si ponesse eventualmente in contrasto con essi.⁵

⁴ Corte Cost. n. 170/1984.

⁵ Nello stesso senso anche più di recente la sentenza n. 238 del 2014.

Tuttavia, la tematica del rapporto di valore tra diritti fondamentali ed altre libertà ha subito anch'esso un radicale spostamento di asse se si pensa che nei Trattati dell'Unione europea i principi del diritto comunitario sono in sostanza sullo stesso piano, determinando una necessaria impostazione di bilanciamento tra le varie libertà ed i diritti e, anzi la parola fondamentali è associata primariamente alle libertà in una diversa ottica in cui si ritiene che funzione essenziale del mercato sia la crescita della ricchezza ma anche la realizzazione e il conseguimento di diritti fondamentali.

Tuttavia, vale ancora evidenziare che nell'operazione di bilanciamento l'orientamento della giurisprudenza costituzionale - nn. 348 e 349 del 2007 – subordina la validità delle norme interne al rispetto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ed anche l'interpretazione di questa agli orientamenti della Corte di Strasburgo, ma nel senso di affermare un *“ragionevole e proporzionato bilanciamento tra i diversi interessi, di rango costituzionale, implicati dalle scelte legislative, specialmente quando esse siano suscettibili di incidere sul godimento di diritti fondamentali”*⁶.

Di contro la Corte costituzionale ha anche affermato che in un sistema informato al principio della libertà dell'iniziativa economica, i limiti consentiti dovrebbero essere funzionali alla tutela dell'utilità sociale e della libertà, sicurezza e dignità umana (sentenza n. 267 del 2016).

In tale contesto, dunque, forse la possibilità di effettivo bilanciamento e di coerenza del sistema è quella indicata dallo stesso legislatore costituente laddove indica il concetto di utilità sociale, intesa non solo quale insieme di “diritti sociali”, ma anche quale un novero di interessi della collettività considerata nel suo insieme.

3. La portata delle clausole sociali

I contrapposti interessi coinvolti nella tematica delle clausole sociali costituiscono l'argine della loro portata. Pur avendo assunto carattere di obbligatorietà, esse ‘devono fare i conti’ con i diversi principi costituzionali e sovranazionali che vanno ad incidere.

È per questo, che ancor prima del parere della Commissione speciale, la giurisprudenza amministrativa era orientata nel senso di ritenere che l'obbligo di riassorbimento deve essere armonizzato con l'organizzazione dell'impresa subentrante: *“La c.d. clausola sociale deve essere interpretata conformemente ai principi nazionali e comunitari in materia di libertà di iniziativa imprenditoriale e di concorrenza, risultando*

⁶ Corte Cost. n. 172 del 2012, e n. 245 del 2011.

altrimenti essa lesiva della concorrenza, scoraggiando la partecipazione alla gara e limitando ultroneamente la platea dei partecipanti, nonché atta a ledere la libertà d'impresa, riconosciuta e garantita dall'art. 41 Cost., che sta a fondamento dell'autogoverno dei fattori di produzione e dell'autonomia di gestione propria dell'archetipo del contratto di appalto, sicché tale clausola deve essere interpretata in modo da non limitare la libertà di iniziativa economica e, comunque, evitando di attribuirle un effetto automaticamente e rigidamente escludente; conseguentemente l'obbligo di riassorbimento dei lavoratori alle dipendenze dell'appaltatore uscente, nello stesso posto di lavoro e nel contesto dello stesso appalto, deve essere armonizzato e reso compatibile con l'organizzazione di impresa prescelta dall'imprenditore subentrante; i lavoratori, che non trovano spazio nell'organigramma dell'appaltatore subentrante e che non vengano ulteriormente impiegati dall'appaltatore uscente in altri settori, sono destinatari delle misure legislative in materia di ammortizzatori sociali; la clausola non comporta invece alcun obbligo per l'impresa aggiudicataria di un appalto pubblico di assumere a tempo indeterminato ed in forma automatica e generalizzata il personale già utilizzato dalla precedente impresa o società affidataria. 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”⁷.

Il T.A.R. Liguria, invero, con due sentenze “gemelle”⁸, si era distaccato da tale orientamento, distinguendo fra due tipi di clausole sociali. La prima si configurerebbe quando è lo stesso CCNL a prevedere l'obbligo di mantenimento del rapporto in caso di cambio d'appalto; essa è codificata dall'art. 30 del d.lgs. n. 50/2016, laddove dispone la diretta applicazione, nell'esecuzione del contratto di appalto, della contrattazione collettiva di settore e quindi della clausola di tale tipo in essa contenuta.

La seconda ricorrerebbe in caso di assenza di una specifica disposizione nel CCNL, codificata, per l'appunto nell'art. 50 del Codice.

Ebbene, il T.A.R. Liguria, sulla base di queste due distinzioni, aveva affermato che solo nel primo caso la Stazione Appaltante sarebbe tenuta a consentire il passaggio dei lavoratori da un'impresa all'altra, senza che l'impresa subentrante possa invocare la propria libertà di iniziativa economica al fine di giungere ad un'applicazione attenuata dell'obbligo di riassorbimento.

⁷ Cfr. Cons. Stato, sez. IV n. 2433/2016; sez. III n. 2078/2017; sez. V n. 272/2018.

⁸ T.A.R. Liguria, sez. II, n. 639/2017 e n. 640/2017.

Quanto stabilito si fonda su due motivi: il primo attiene all'obbligo inderogabile di diretta applicazione del CCNL previsto dall'art. 30 del Codice; mentre il secondo riguarda il sistema della contrattazione collettiva, nell'ambito del quale gli operatori economici esercitano la loro libertà di iniziativa economica contemperandola con le esigenze di stabilità occupazionale avanzate dai lavoratori. Il funzionamento di tale sistema, quindi, esclude che in presenza di una specifica clausola nel CCNL, l'imprenditore possa lamentare una lesione della propria libertà di iniziativa economica disapplicando la previsione che impone il riassorbimento del personale.

Diversamente, nel caso di clausola *ex art. 50* del Codice, ossia nel caso di assenza di specifica previsione nel CCNL di riferimento, all'obbligo posto a carico della Stazione Appaltante di inserire tali clausole nella *lex specialis* non corrisponderebbe a carico dell'aggiudicatario l'obbligo di riassorbimento *tout court* del personale impiegato dal precedente affidatario, giungendo anche a consentire la modifica da parte dell'imprenditore del CCNL applicato, in ragione del necessario ed imprescindibile equilibrio che deve sussistere tra la tutela della stabilità occupazionale e la tutela della libertà di iniziativa economica. In tale ottica, è lasciata all'imprenditore la scelta del CCNL da applicare nel rispetto del limite della coerenza con l'oggetto dell'appalto.

L'orientamento dei giudici liguri, è stato tuttavia riformato dal Consiglio di Stato con la sentenza n. 272/2018. I Giudici di appello hanno riformato l'orientamento predetto, evidenziando l'assenza di disposizioni normative che depongano in tal senso e rilevando l'illogicità del ragionamento, laddove il primo giudice distingue la clausola sociale sulla base della fonte da cui ha origine, individuando, quindi, una clausola inderogabile e fortemente limitativa quando è prevista dal CCNL e una clausola attenuata e flessibile quando è prevista dalla sola *lex specialis* di gara.

In tal senso, *“l'obbligo di assorbimento del personale deve essere – sempre e comunque – armonizzato con l'organizzazione aziendale del soggetto subentrante a prescindere dalla fonte dalla quale derivi”*.

A distanza di qualche mese da quest'ultima sentenza, il Consiglio di Stato ha ribadito tale orientamento anche nel parere n. 2703/2018, a mente del quale: *“la clausola sociale è legittima nella misura in cui non implichi un indiscriminato e generalizzato dovere di assumere tutto il personale dell'impresa uscente ma permetta invece una ponderazione tra la necessità di personale per l'esecuzione del nuovo contratto e la libertà di scelta organizzativa e imprenditoriale del nuovo appaltatore; rientra nelle prerogative dell'imprenditore la scelta del contratto collettivo da*

applicare, fatta in ogni caso salva la coerenza con l'oggetto dell'attività affidata dalla stazione appaltante”.

Sulla scia di tali osservazioni, devono considerarsi illegittime quelle clausole sociali che pongono quale condizione di realizzazione dell'appalto l'assunzione di tutto il personale in forza al precedente gestore. Tali clausole, che hanno portata escludente, devono essere immediatamente impugnate, senza necessità di presentare domanda di partecipazione. In tal senso, si è espressa una recente sentenza sempre del T.A.R. Liguria che, sulla scorta di tali considerazioni ha concluso che: *“[una clausola di tale tipo] è illegittima perché comporta l'imposizione di un obbligo negoziale contra ius che rende il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente; le clausole sociali non devono avere l'effetto di limitare la libertà d'impresa e di iniziativa economica riconosciuta e garantita dall'art. 41 Cost. e non possono avere portata automaticamente e rigidamente escludente, risultando altrimenti lesive della concorrenza, scoraggiando la partecipazione alla gara e limitando eccessivamente la platea dei partecipanti”*⁹.

4. L'ambito di applicazione delle clausole sociali

La disciplina recata dall'articolo 50 del Codice dei contratti pubblici si applica agli affidamenti di appalti e concessioni di lavori e di servizi diversi da quelli di natura intellettuale (ad esempio, servizi professionali, consulenza) e diversi da quelli aventi ad oggetto appalti di fornitura. Tuttavia, si è posto il problema di verificare se, al di là dei casi di alta intensità di manodopera per come definita dall'ultimo periodo dell'art. 50¹⁰, sia obbligatorio o meno prevedere la clausola sociale anche nella *lex specialis* di appalti con bassa intensità di manodopera.

Sul punto, le linee guida dell'Anac, a fronte di tre diverse tesi prospettabili¹¹, avevano optato per la tesi della facoltatività in base alla

⁹ T.A.R. Liguria, Genova, sez. II, 14 gennaio 2019 n. 22.

¹⁰ Ai sensi del quale: *“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”.*

¹¹ L'Anac nelle sue linee guida aveva individuato in particolare: 1) tesi dell'obbligatorietà: poiché l'articolo 50 del Codice reca l'inciso *“con particolare riguardo a quelli relativi a contratti ad alta intensità...”*, è ragionevole ritenere che il riferimento agli appalti *labour intensive* sia meramente esemplificativo, e che pertanto l'obbligo di introdurre la clausola riveste carattere generale, anche in contratti diversi, fatte salve le ipotesi di inapplicabilità contemplate dalla norma (servizi intellettuali) o comunque ricavabili dalla ratio della disposizione; 2) la clausola sociale tende essenzialmente alla stabilità occupazionale del personale dell'impresa uscente e, generando obblighi costitutivi di imponibile di manodopera, rappresenta un istituto di carattere eccezionale, in quanto tale derogatorio del principio della libera iniziativa economica di cui all'articolo 41 della Costituzione e, perciò, utilizzabile solo a fronte di un'espressa previsione, di fonte normativa o collettiva, nei limiti della stretta

quale la clausola sociale è proponibile anche negli appalti in cui la manodopera non assume carattere di prevalenza, stanti la formulazione “aperta” dell’articolo 50 del Codice dei contratti pubblici e il principio dell’autonomia negoziale di cui gode la stazione appaltante ex articolo 1322 del codice civile.

Dello stesso avviso è stato il Consiglio di Stato che nel menzionato parere ha ritenuto la scelta dell’Anac coerente *“con la considerazione di principio per cui la clausola in esame rappresenta un limite alla libertà di iniziativa economica, che deve essere proporzionato agli obiettivi da raggiungere; è allora evidente che il fine di proteggere l’occupazione assume rilievo tale da imporre senz’altro l’intervento in esame soltanto negli appalti ad alta intensità di manodopera, mentre negli altri casi ci si può rimettere alla discrezionalità delle stazioni appaltanti. E’ appena il caso di osservare che, astrattamente, anche negli appalti sottosoglia può presentarsi una situazione di alta intensità”*.

Diversamente il consiglio di Stato ha segnalato alcuni dubbi in ordine all’ipotesi interpretativa tesa a precludere l’inserzione della clausola sociale negli appalti in cui la prestazione di lavoro sia “scarsamente significativa” ovvero “irrilevante”. A tal proposito, osserva, infatti, che si tratta di concetti indeterminati, e che non si vede per qual ragione dovrebbe essere proibito offrire la protezione della clausola solo perché i lavoratori interessati sono poco numerosi, dato che oltretutto proprio in questi casi potrebbe essere più agevole riassorbirli.

Per quanto concerne, invece, i presupposti logico-giuridici per la sussistenza dell’obbligo, ha chiarito che la clausola sociale: 1) non si può applicare se la stazione appaltante non abbia in corso alcun contratto nel settore di riferimento né se vi sia in essere un contratto oggettivamente incompatibile con quello da affidare; 2) si applica invece se la stazione appaltante abbia in corso un contratto identico a quello in essere, ovvero ad esso oggettivamente assimilabile; 3) si applica allo stesso modo se il contratto da affidare prevede prestazioni aggiuntive rispetto a quello in corso.

Individuato l’ambito di applicazione, può approfondirsi, a questo punto, la stretta connessione intercorrente fra clausola sociale e contrattazione

applicazione; 3) tesi della facoltatività: la clausola sociale è proponibile anche negli appalti in cui la manodopera non assume carattere di prevalenza, stanti la formulazione “aperta” dell’articolo 50 del Codice dei contratti pubblici e il principio dell’autonomia negoziale di cui gode la stazione appaltante ex articolo 1322 del codice civile. Seguendo tale indirizzo interpretativo, si potrebbe ulteriormente ritenere necessario che il peso della manodopera abbia comunque un valore significativo e/o che sia fornita adeguata motivazione nella determina a contrarre o nell’atto equivalente delle ragioni sottese alla previsione.

collettiva.

5. Il rapporto con la contrattazione collettiva

La tematica in esame non può prescindere da un raffronto con la disciplina contenuta nella contrattazione collettiva, posto anche il richiamo dell'art. 50 all'art. 51 del d.lgs. del 15 giugno 2015, n. 81¹². In particolare è appena il caso di comprendere quale sia il rapporto fra clausola sociale e contrattazione collettiva.

Il parere del Consiglio di Stato, a tal proposito, ha evidenziato la 'funzione suppletiva' della clausola rispetto al CCNL. Con ciò volendo dire che, solo nel caso in cui l'imprenditore offerente non abbia sottoscritto alcun contratto collettivo, ovvero sia parte di un contratto collettivo che nulla dice in tema di clausole sociali, la clausola sociale inserita nel bando può essere considerata efficace. Viceversa nel caso in cui l'impresa subentrante abbia sottoscritto un contratto collettivo che in materia dispone, i contenuti della clausola sociale che egli dovrà osservare, saranno quelli previsti dal contratto collettivo stesso.

Ciò in quanto il contratto collettivo rappresenta un assetto complessivo dei rapporti di lavoro che le parti hanno ritenuto conforme ai rispettivi interessi. Per questo motivo, si legge nel parere *“un intervento autoritativo esterno, in ipotesi l'inserzione di una clausola sociale imposta da un bando di gara, può portare alla disdetta dell'intero contratto, con effetti contrari a quelli di protezione sociale che la clausola vorrebbe raggiungere”*.

Infine, ove la clausola sociale di un contratto collettivo manchi, la stazione appaltante deve far riferimento ai *“contratti collettivi di settore di cui all'articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015 n. 81”*, ovvero a quelli ai quali lo stesso articolo del Codice fa rinvio. Si tratta, invero, dei c.d. contratti *leader* ovvero dei *“contratti collettivi nazionali, territoriali o aziendali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale”* e dei *“contratti collettivi aziendali stipulati dalle loro rappresentanze sindacali aziendali ovvero dalla rappresentanza sindacale unitaria”*.

6. L'asimmetria informativa fra imprenditore entrante e imprenditore uscente

¹² Tale d.lgs. recante la *“Disciplina organica dei contratti di lavoro e revisione della normativa in tema di mansioni, a norma dell'articolo 1, comma 7, della legge 10 dicembre 2014, n. 183”*, all'art. 51 stabilisce in particolare che: *“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”*.

Quando si parla di asimmetria informativa, ci si riferisce al fatto che l'imprenditore che gestisce già il servizio da affidare, è in possesso di tutte le informazioni riguardanti gli addetti da impiegare nonché dei relativi costi cui far fronte, a differenza dell'imprenditore entrante che non ha alcuna conoscenza di questi dati. Tale situazione, ad avviso della Commissione, per far sì che la clausola sociale venga applicata in modo effettivo, deve essere eliminata e per far ciò, possono verificarsi due ipotesi:

1) le informazioni sono contenute in documenti in possesso della stazione appaltante. In tal caso, ad avviso della Commissione, è applicabile la disciplina del diritto di accesso.

2) le informazioni (ed è questo il caso più probabile), sono in possesso del solo imprenditore uscente. In questo caso, si legge nel Parere, l'obbligo di renderli noti si può rinvenire sistematicamente all'interno degli artt. 1375 c.c. e 1175 c.c. Il primo dei due articoli, nello stabilire che *“il contratto deve essere eseguito secondo buona fede”*, pone una serie di obblighi posteriori alla conclusione del contratto che si pongono fra i contraenti, ovvero, nella specie, fra stazione appaltante e appaltatore uscente. Il secondo, *“interpretato alla luce dell'articolo 2 della Costituzione consente di individuare obblighi di informazione e di protezione non solo nei confronti della controparte, ovvero della stazione appaltante, ma anche di terzi qualificati. E' pertanto possibile ricavare un obbligo dell'impresa uscente direttamente nei confronti dei terzi interessati sussumendolo nella nota categoria generale degli obblighi di protezione nei confronti di terzi, che si fondano direttamente sui doveri di solidarietà richiesti dall'art. 2 Cost. Dal contratto tra stazione appaltante ed impresa sorgono dunque obblighi di informazione a favore delle imprese che partecipano alla gara”*. Obblighi che, se disattesi, potrebbero configurare l'ipotesi (e la sanzione) del *“grave illecito professionale”* ed essere sanzionati con l'esclusione da successivi appalti pubblici.

Una volta ottenute le informazioni, le imprese interessate a sostituire il vecchio gestore, dovranno corredare l'offerta con un *“piano di compatibilità o progetto di assorbimento”* mirato a illustrare in che 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”*. Secondo il Consiglio di Stato, inoltre, questo piano dovrebbe spingersi fino a contenere informazioni sul tipo di contratto che la nuova impresa intende stipulare con i vecchi lavoratori. *“Infatti, se la clausola comporta un obbligo, sia pure limitato, di riassunzione, l'impresa secondo*

logica è tenuta 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".

7. Considerazioni finali

Durante i lavori dell'Assemblea Costituente, Costantino Mortati, volle inserire il principio lavorista come principio fondamentale, ponendolo accanto al principio personalista, a quello democratico e a quello solidarista. Da questo insieme emerge in tutta la sua forza dirompente la definizione di dignità della persona come pilastro, come valore assoluto attorno al quale ruota la Costituzione e l'Ordinamento giuridico tutto. La persona è tale non più in base a "quanto" possiede, o in base alla classe sociale che occupa, ma in base al ruolo che svolge all'interno della società attraverso l'espletamento del proprio lavoro, nella sua doppia veste di diritto e di dovere.

Ebbene il lavoro riveste all'interno del nostro Ordinamento un ruolo fondamentale, specie nella società odierna caratterizzata da forte crisi economica e precariato.

In tale contesto, si ben comprende allora, come la tematica della clausola sociale di cui ci si è occupati, abbia una portata tale da non poter essere trascurata o sottovaluta. Il legislatore, mostrandosi, in questo caso, sensibile alla tematica delle tutele occupazionali e cambiando rotta rispetto al passato, ha deciso di rendere la clausola sociale obbligatoria e non più facoltativa, calcando sull'importanza che ha la tutela del lavoro nella società odierna.

Come sempre accade, tuttavia, a fronte della tutela di un interesse, ce n'è sempre un altro, di segno opposto che si indebolisce opponendo resistenza al primo. In questo caso, la libertà di iniziativa economica privata "resiste" al diritto al lavoro.

Il ruolo dell'interprete allora, di fronte a questi "pesi e contrappesi" si fa più che mai delicato, in quanto chiamato a trovare la "giusta misura" fra due estremi.

* Solveig Cogliani è consigliere di Stato; Veronica Gaccione è tirocinante presso il Consiglio di Stato.