

# TUTELA DEL LAVORO E CLAUSOLE SOCIALI NELL'APPALTO PUBBLICO

di Domenico LOMAZZO\*

*Sommario:* 1. Premessa. 2. Libera concorrenza e tutela del lavoro. 3. La prudente ragione del lavoro nella direttiva europea sugli appalti pubblici. 4. La disciplina normativa nel codice dei contratti e nelle Linee guida dell'Anac. 5. Conclusioni.

## 1. Premessa

Per clausola sociale deve intendersi qualsiasi disposizione normativa volta a promuovere obiettivi di carattere sociale ed in particolare, nel campo degli appalti pubblici, a tutelare il diritto dei lavoratori alla stabilità occupazionale, a dignitose condizioni di lavoro e ad elevati standard di tutela sociale.<sup>1</sup>

\*Funzionario statale, si occupa di appalti pubblici di lavori servizi e forniture.

<sup>1</sup> Per la definizione da parte di autorevole dottrina, si veda E. Ghera, *Le c.d. clausole sociali: evoluzione di un modello di politica legislativa*, sta in *Diritto delle rela-*

Invero, la dottrina opera una distinzione tra clausole sociali di "prima generazione" e clausole sociali di "seconda generazione". Le prime sono disposizioni normative e/o contrattuali che impongono al datore di lavoro il rispetto di determinati parametri di

zioni industriali, 2001, 2, p. 133 ss; F. Mancini, *Sub art. 36*, in *Statuto dei diritti dei lavoratori*, in *Commentario al codice civile*, di V. Scialoja e G. Branca (a cura di), Zanichelli, Bologna-Roma, 1972, p. 542 ss.; R. Bortone, *Commento all'art. 36*, in *Lo statuto dei lavoratori*, di G. Giugni (a cura di), Giuffrè, Milano, 1979, p. 646 ss.; P. Tullini, *Finanziamenti pubblici alle imprese e clausole sociali*, sta in *Rivista Trimestrale di Diritto e procedura civile*, 1990, p. 33 ss.;

protezione sociale e del lavoro, che possono riassumersi in clausole sociali di parificazioni dei trattamenti minimi e clausole sociali di equo trattamento.<sup>2</sup>

Le clausole di seconda generazione, invece, presidiano la tutela dell'occupazione, le c.d. "clausole di riassunzione", perché impongono al datore di lavoro di assumere, o riassumere, i lavoratori impiegati dall'impresa alla quale il nuovo aggiudicatario del servizio succede nella gestione o nell'esecuzione dell'appalto.

Ne consegue inevitabilmente che, sia le prime quanto le seconde, determinano una compressione della libertà di impresa e di mercato, sollevando non pochi problemi, soprattutto alla luce della compatibilità con le norme e i principi, piuttosto rigidi, del diritto europeo sulla libera concorrenza. Pur tuttavia, la tutela della libera concorrenza e dell'autonoma iniziativa privata non può avere una tutela esclusiva, in quanto deve commisurarsi e conformarsi con altri diritti sociali giuridicamente garantiti, come quello del lavoro e dell'occupazione. Ed è per questo che anche in sede comunitaria, soprattutto nell'ultimo lustro, il problema delle clausole sociali non è passato inosservato, atteso la novellata norma contenuta nella direttiva europea del 2014, in materia di appalti pubblici, che ha indicato le prescrizioni di carattere sociale da utilizzare dalle pubbliche amministrazioni, al fine di indirizzare i comportamenti degli operatori economici, in tema di tutela del lavoro, verso un *modus operandi* non confliggente con l'aspetto sociale del-

la medesima tutela dell'occupazione.

D'altronde lo stesso Pontefice, particolarmente sensibile al tema della tutela del lavoro, così come traspare dalla lettera inviata alla fine del 2017 al Cardinale Peter K. A. Turkson, Prefetto del Dicastero per il Servizio dello Sviluppo Umano Integrale, ha sottolineato che *"il lavoro non può essere considerato come una merce né un mero strumento nella catena produttiva di beni e servizi, ma, essendo basilare per lo sviluppo, ha la priorità rispetto a qualunque altro fattore di produzione, compreso il capitale. Di qui l'imperativo etico di «difendere i posti di lavoro», di crearne di nuovi in proporzione all'aumento della redditività economica, come pure è necessario garantire la dignità del lavoro stesso"*.

Perciò l'arcano, tutto ancora da svelare, è come conciliare la libertà di concorrenza con la tutela del lavoro, atteso che l'effettività dell'una produce una inevitabile compressione dell'altra.

Diventa quindi attualissimo il tema delle clausole sociali che trovano la propria *ratio* nell'armonizzazione dell'esigenza del libero mercato, ovvero dell'attività di impresa e della libera iniziativa imprenditoriale con la tutela di interessi socialmente rilevanti, che determinano la cogente imposizione *"alle imprese operanti in determinate attività o settori, di vincoli e/o condizionamenti mirati a promuovere la tutela dei lavoratori incentivando, in cambio di vantaggi diretti (per cui sgravi, agevolazioni) o indiretti (appalti, concessioni), l'applicazione dei contratti collettivi e, in genere, della legislazione del lavoro"*.<sup>3</sup>

<sup>2</sup> F. Carnelutti, Sul contratto di lavoro relativo ai pubblici servizi assunti da imprese private, in Riv. Dir. comm., 1909, p.1196;

<sup>3</sup> S. Varva, Le clausole sociali, in Tutela e sicurezza

Questo saggio, nello specifico, vuole evidenziare, anche alla luce del più recente quadro normativo, in tema di appalti, l'importanza, e al tempo stesso la complessità, di un necessario, quanto inevitabile, temperamento tra l'interesse privato della libera attività di impresa, quale irrinunciabile condizione di sviluppo dell'economia di un Paese, e la tutela del lavoro e dei diritti sociali giuridicamente rilevanti, spesso sacrificati all'altare della libera concorrenza e al profitto d'impresa.

## 2. Libera concorrenza e tutela del lavoro

La libera concorrenza è oggi da tutti considerata l'elemento indispensabile per lo sviluppo economico di un Paese, strumento di propulsione di un'economia di mercato basata sul pluralismo nell'accesso ai mezzi di produzione, nella diversità dei prodotti offerti ed infine nella libertà di scelta del consumatore finale.

È il codice civile del 1942, in tema di iniziativa economica, laddove l'attività dell'imprenditore assume un rilievo giuridico autonomo, a tracciarne una prima definizione compiuta, all'art. 2595, statuendo che *"La concorrenza deve svolgersi in modo da non ledere gli interessi dell'economia nazionale e nei limiti stabiliti dalla legge"*. In seguito, la Costituzione repubblicana, pur riconoscendo la libertà di iniziativa economica all'art. 41 e all'art. 117, comma 2 lett e), ne fissa anche i limiti, determinando l'impossibilità che essa si svol-

ga in contrasto *"con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana"*.

Nel concetto di dignità umana, in nuce, si può facilmente disvelare quello di dignità del lavoro, perché il lavoro quale *"bene dell'uomo"* non solo deve essere *"utile"* o da *"fruire"*, ma deve essere soprattutto *"degnò"*, in quanto *"corrispondente alla dignità dell'uomo, un bene che esprime questa dignità e la accresce"*.<sup>4</sup>

Nell'ambito degli appalti pubblici, l'individuazione di una corretta linea di equilibrio tra le due tutele contrapposte, libera iniziativa economica e protezione sociale del lavoro, appare ancora assai lontana dall'essere conseguita, anche in considerazioni delle eterogenee, spesso discordanti, posizioni assunte dalla giustizia amministrativa.

Se da un lato la legislazione nazionale e le organizzazioni sindacali, particolarmente sensibili alla questione della tutela del lavoro, in una fase storica caratterizzata dal fenomeno delle esternalizzazioni di segmenti del processo produttivo, volte alla riduzione dei costi e generatrici di situazioni di dumping, propongono una più evidente garanzia del lavoro; dall'altra, invece, le organizzazioni datoriali e il legislatore europeo appaiono fortemente schierati a tutela delle ragioni della piena libertà di iniziativa economica, assegnando alla libera concorrenza un ruolo preminente e di rango superiore rispetto ai diritti sociali.

La valenza dicotomica della norma produce da una parte l'obbligo di prevedere nei contratti pubblici la

del lavoro negli appalti privati e pubblici. Inquadramento giuridico ed effettività, a cura di M. T. Carinci - C. Cester - M. G. Mattarolo - F. Scarpelli, Utet, 2011, p. 335;

<sup>4</sup> Giovanni Paolo II, enciclica *Laborem Exercens*, Lavoro: dignità della persona, 1981, online;

clausola sociale, dall'altra, invece, ne condiziona l'applicazione alle ragioni dell'economia di impresa. E non aiuta certo il recente orientamento giurisprudenziale che ha inteso sottolineare come "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 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*".<sup>5</sup> E ancora, circa l'obbligo della continuità nell'assunzione, è stata interpretata dal giudice amministrativo nel senso che "l'appaltatore subentrante deve prioritariamente assumere gli stessi addetti che operavano alle dipendenze dell'appaltatore uscente, a condizione che il loro numero e la loro qualifica siano armonizzabili con l'organizzazione d'impresa prescelta dall'imprenditore subentrante, mentre 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".<sup>6</sup>

Sulla questione è intervenuta più volte anche la Corte costituzionale dichiarando l'illegittimità costituzionale della clausola sociale, laddove imponeva al nuovo appaltatore l'assunzione a tempo indeterminato di tutto il personale utilizzato dal precedente affidatario<sup>7</sup>, in linea con la posizione della Corte di Giustizia europea che, con costanza, ha affermato che la predisposizione della clausola sociale deve essere compatibile, e quindi non deve ledere, l'applicazione dei principi di libertà

<sup>5</sup> Consiglio di Stato, Sez. III, 09/12/2015, (ud. 29/10/2015, dep. 09/12/2015), n.5598;

<sup>6</sup> Consiglio di Stato (ex multis), Sez. IV, n. 5725 del 2.12.2013;

<sup>7</sup> Corte costituzionale 68/2011 che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 30 della legge della Regione Puglia n. 4 del 2010, quanto al comma 1 del sostituito art. 25 della legge della Regione Puglia 3 agosto 2007, n. 25 (Assestamento e seconda variazione al bilancio di previsione per l'esercizio finanziario 2007), limitatamente alle parole «a tempo indeterminato», e quanto al comma 4 del medesimo art. 25, nella parte in cui prevede la stabilizzazione di personale della precedente impresa o società affidataria dell'appalto, senza alcuna forma selettiva;

di stabilimento, di libera prestazione dei servizi, di concorrenza e di libertà d'impresa.<sup>8</sup>

### **3. La prudente ragione del lavoro nella direttiva europea sugli appalti pubblici**

Nonostante la rigida interpretazione relativa al temperamento della tutela della libera iniziativa nel libero mercato e i diritti sociali dei lavoratori, pendente a favore della libera concorrenza, devono riscontrarsi timidi segnali incoraggianti, soprattutto alla luce del Decreto legislativo n. 50 del 18 aprile 2016, Codice dei contratti pubblici che, recependo la Direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici, ha prestato particolare attenzione al rispetto degli obblighi in materia di lavoro, tra i principi generali per l'aggiudicazione degli appalti (art. 18 della Direttiva) che trova conferma anche nell'accertamento delle motivazioni in ordine a offerte che appaiono anormalmente basse anche in relazione al costo della manodopera.

La Direttiva europea prevede che gli Stati membri adottino *"misure adeguate per garantire che gli operatori economici, nell'esecuzione di appalti pubblici, rispettino gli obblighi applicabili in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro, stabiliti dal diritto dell'Unione, dal diritto nazionale, da contratti collettivi e da disposizioni transnazionali"*. La novità più rilevante nella direttiva europea, rispetto alla previgente disciplina, risiede sull'eliminazione della necessaria verifica di compatibilità di tali clausole con il diritto europeo, chiaro segnale di piena

compatibilità dell'istituto, *ab origine*, con l'ordinamento europeo, e l'esplicito riferimento alla possibilità di tutelare, oltre al reddito dei lavoratori, la continuità dell'occupazione. Tali novità, oltre a legittimare il modello regolativo delle clausole sociali, possono leggersi anche come un velato invito alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea a tenere in maggior considerazione le istanze sociali nel bilanciamento con le libertà di mercato.

Significativa è poi anche una delle motivazioni della rivisitazione della normativa sugli appalti che risiede nella promozione della *"crescita inclusiva (...) permettendo ai committenti di farne un miglior uso per sostenere il conseguimento di obiettivi condivisi a valenza sociale"*. Invero, la normativa europea declina da uno specifico contenuto delle clausole sociali, lasciando l'istanza protettiva delle norme sul lavoro e sull'occupazione, quale frutto delle scelte del legislatore nazionale, soggette al diritto europeo solo in via generale e di principio, al pari di qualsiasi atto giuridico di ogni Stato dell'Unione.<sup>9</sup>

Il passo in avanti auspicato, in tema di tutela del lavoro, in realtà sembra assai contenuto, perché il nuovo quadro normativo europeo delineato, prodromico al codice degli appalti del 2016, ha rappresentato il miglior compromesso possibile all'attualità, ma non certo la miglior soluzione alla difficile questione. Ne è la prova il mancato riferimento nell'allegato X della direttiva, (inserito nel codice dei contratti pubblici), alla Convenzione OIL 94/1949<sup>10</sup> sul-

<sup>8</sup> Corte di Giustizia europea, (ex multis), C-271/2008; C-549/2013;

<sup>9</sup> Consiglio di Stato, Adunanza della Commissione speciale, numero affare 01747/2018 del 26.10.2018;

<sup>10</sup> L'OIL (Organizzazione Internazionale del Lavoro)

le clausole sociali tra gli obblighi sanciti dalle disposizioni internazionali anche in materia di lavoro. Questa omissione, non certo casuale, è la riprova, ancora una volta, dell'atteggiamento prudente del legislatore europeo in tema di clausole sociali, pur non determinando una chiara negazione della legittimità delle stesse.

La disposizione chiave della Convenzione OIL 94 è allocata all'art. 2 che impone di inserire nei contratti pubblici clausole che assicurino ai lavoratori retribuzione e condizione del lavoro *"non meno favorevoli di quelle stabilite per un lavoro dello stesso genere nella professione o nell'industria interessate della stessa regione (...) per mezzo di contratti collettivi (...) fra organizzazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori che rappresentano rispettivamente di una proporzione considerevole dei datori di lavoro e dei lavoratori della professione o dell'industria interessate"*, ha il duplice obiettivo da una parte quello di evitare che il costo del lavoro sia un elemento della concorrenza e dall'altro scongiurare l'effetto di una corsa al ribasso (*race to the bottom*) che l'elusione di un simile obbligo comporterebbe nel mercato del lavoro in generale.<sup>11</sup>

è l'agenzia specializzata delle Nazioni Unite che ha come obiettivo il perseguimento della giustizia sociale e il riconoscimento universale dei diritti umani nel lavoro, attraverso la promozione di un lavoro dignitoso, il cosiddetto *decent work*, in condizioni di libertà, uguaglianza e sicurezza per tutte le donne e gli uomini. L'organizzazione, nota anche con i suoi acronimi, ILO in inglese (International Labour Organization) e OIT in francese (Organisation Internationale du Travail) è stata fondata nel 1919 a seguito del Trattato di Versailles che pose fine al primo conflitto mondiale, ed è associata alle Nazioni Unite dal 1946.

<sup>11</sup> G. Orlandini, *Mercato unico dei servizi e tutela del lavoro*, Franco Angeli, Milano, 2013, p. 156 e ss.;

Oltre ogni ragionevole dubbio, dalla lettura della Direttiva si può ricavare una *"presunzione di legittimità"* delle clausole sociali nella normativa europea che permette, quanto meno, l'applicazione della norma nazionale, a tutela del lavoro, nel più ampio contesto del mercato unico europeo.

#### **4. La disciplina normativa nel codice dei contratti e nelle Linee guida dell'Anac**

Sulla base delle disposizioni contenute nella predetta direttiva europea, il legislatore italiano ha previsto nel codice dei contratti pubblici, D.Lgs 50/2016, a tutela delle ragioni del lavoro, l'impossibilità di partecipare alle gare per quelle imprese che abbiano commesso gravi infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro (art. 80, comma 5 lett. a), nonché agli obblighi in materia sociale e del lavoro stabilita dalla normativa europea e nazionale, dai contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali elencate nell'allegato X (art. 30, comma 3) e a ogni altro obbligo derivante dai rapporti di lavoro, risultanti all'Osservatorio dei contratti pubblici, ovvero violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali (art. 80, comma 4), o, infine, che non presentino la certificazione di cui all'art. 17, legge n. 68/1999.

Mentre, la disposizione normativa contenuta nel codice dei contratti pubblici, relativa alle clausole sociali, in senso stretto, recita testualmente: *"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 in-*

*tensità 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 (Jobs Act). 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*".

Tale statuizione normativa è iscritta all'art. 50 del codice dei contratti pubblici che stabilisce, a seguito delle modifiche introdotte dal "decreto correttivo", D.Lgs. n. 56 del 19 aprile 2017, l'obbligatorietà dell'inserimento delle clausole sociali negli atti di gara, volta a promuovere la stabilità occupazionale negli appalti ad alta densità di manodopera, quando il cui costo di questa non sia inferiore al 50 % dell'importo complessivo del contratto, tutto sempre nel rispetto dei principi dell'Unione europea. Nello specifico il codice dei contratti pubblici, così come modificato dal "correttivo" del 2017, impone la tutela del lavoro solo per gli appalti di servizi, o anche dei lavori, quando risulti prevalente l'incidenza della manodopera.

È il decreto correttivo del 2017 che, modificando la precedente impostazione normativa codicistica, prevede l'obbligo delle stazioni appaltanti di inserire -"inseriranno"- in luogo della precedente versione -"possono inserire"- nei bandi di gara negli avvisi e negli inviti specifiche clausole sociali. Con questa rilevante riforma, il legislatore nazionale opta per una sorta di primazia della tutela del lavoro e dell'occupazione, rispetto alle ragioni della libera ini-

ziativa economica e della libertà organizzativa dell'imprenditore, seppur con un limite generale di armonizzazione ai principi dell'UE, svincolando il singolo committente pubblico dal peso di dover decidere se prevedere o meno la clausola sociale e dalle possibili pressioni dei lavoratori dell'impresa precedente, nel caso di subentro di nuovo aggiudicatario.

Tuttavia, l'Autorità nazionale anti-corruzione, nelle Linee guida n. 13 del 13.02.2019, seppur prive di carattere vincolante, ha precisato che la stazione appaltante inserisce la clausola sociale all'interno della *lex specialis* di gara e l'operatore economico la accetta espressamente, quindi l'obbligo è di conseguenza riportato nel contratto<sup>12</sup>.

Rileva, a tal proposito, la giurisprudenza amministrativa che, in merito alla coerenza del transito dei lavoratori dal vecchio al nuovo appaltatore, ha precisato come la disciplina delle clausole sociali deve essere interpretata in duplice modo a seconda se l'obbligo di mantenimento del rapporto lavorativo in essere, in caso di cambio di appaltatore, è previsto direttamente dal contratto collettivo, oppure se il CCNL non contenga alcuna previsione sulla conservazione del posto e quindi la disciplina normativa è regolata esclusivamente dalla previsione dettata dall'art. 50 del D.Lgs. 50/2016. Secondo il Tar Liguria, nel primo caso la stazione appaltante, in forza della previsione di cui all'art.

<sup>12</sup> L'Anac ha riconosciuto la facoltà per il committente pubblico di estendere l'applicazione della clausola sociale alle attività non assoggettate all'obbligo, purché non escluse esplicitamente dal citato art. 50 del codice dei contratti pubblici, come i servizi di natura intellettuale. Anac, Linee Guida n. 13, approvate dal Consiglio dell'Autorità con Delibera n. 114 del 13.02.2019;

30 del citato decreto legislativo<sup>13</sup>, 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; nel secondo caso invece, si impone il bilanciamento degli interessi tra l'esigenza di conservazione del posto e la libertà di iniziativa economica del datore di lavoro.<sup>14</sup>

In ogni caso, l'obbligo di 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 e rilevante incompatibilità rispetto a quello da attivare, "quando pertiene alle prestazioni dedotte dal contratto e non deriva da valutazioni o profili meramente soggettivi attinenti gli operatori economici". Diversamente, non esiste incompatibilità, quando il contratto in questione preveda prestazioni aggiuntive, rispetto a quelle precedenti, sempreché non producano effetti sulle prestazioni dedotte, tali da risultare mutato l'oggetto dell'appalto. Inoltre, appare opportuno sottolineare 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 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 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)". 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 e quindi 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 sociale, infatti, non comporta 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.<sup>15</sup>

Rispetto al *quantum* delle unità dei lavoratori da riassorbire, l'Anac precisa che si considera il personale dell'impresa uscente calcolato come media del personale impiegato nei sei mesi precedenti la data di indizione della nuova procedura di affidamento. Dal computo dei lavoratori impiegati ai fini della quota di riserva devono essere esclusi i lavoratori assunti in virtù delle cosiddette clausole sociali di continuità

<sup>13</sup> L'art. 30, comma 3, del codice dei contratti stabilisce che "nell'esecuzione di appalti pubblici e di concessioni, gli operatori economici rispettano gli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dalla normativa europea e nazionale, dai contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali elencate nell'allegato X";

<sup>14</sup> T.A.R. Genova, (Liguria) sez. II, n. 640 del 21/07/2017;

<sup>15</sup> T.A.R. Bologna, (Emilia-Romagna) sez. II, n. 311 del 09/04/2018;

occupazionale, ossia il personale assunto a seguito dell'aggiudicazione di un appalto e destinato, al termine dello stesso, a transitare alle dipendenze del nuovo appaltatore. Pertanto i lavoratori assunti provvisoriamente in virtù di tale clausola sociale non dovranno essere computati nella quota di riserva.<sup>16</sup>

La stazione appaltante, dovrà prevedere negli atti di gara la presentazione dell'offerta contenente un vero e proprio "progetto di riassorbimento", o comunque denominato, idoneo ad illustrare, qualora soggetto aggiudicatario, le modalità con le quali 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. Tale piano di compatibilità, oggetto di monitoraggio da parte della stazione appaltante durante l'esecuzione del contratto, 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.

La mancata presentazione del progetto, anche a seguito dell'attivazione del soccorso istruttorio, equivale a mancata accettazione della clausola sociale, costituendo manifestazione della volontà di proporre un'offerta condizionata, come tale inammissibile nelle gare pubbliche, per la quale si impone l'esclusione dalla gara.

<sup>16</sup> Consiglio di Stato sez. III, n. 2252 del 15/05/2017;

## 5. Conclusioni

Nel mercato delle commesse pubbliche, il recente impianto normativo europeo, dettato soprattutto dalla direttiva sugli appalti pubblici 2014/24/UE, sembra aver fatto un prudente piccolo passo in avanti a tutela delle ragioni del lavoro e del loro bilanciamento con le ragioni di una leale e genuina concorrenza tra operatori economici, avendo preso in considerazione seriamente le clausole sociali come uno strumento di tecnica regolativa delle citate due ragioni contrapposte.

Tuttavia, la tutela del lavoro e dell'occupazione appare ancora troppo debole, non solo nella legislazione europea, ma anche nel nostro ordinamento giuridico, perché l'interesse tutelato dalle clausole sociali, cioè la continuità occupazionale, nel caso di subentro tra imprese negli appalti, non si connota quale diritto assoluto e incondizionato del lavoratore ad essere riassunto dal nuovo aggiudicatario, ma solo come una possibilità, se tale riassorbimento risulti non incompatibile con gli interessi e l'organizzazione del lavoro predisposti dall'impresa.

La clausola sociale, infatti, non introduce un automatico riconoscimento del diritto dei lavoratori al passaggio alle dipendenze dell'operatore economico subentrante, in caso di cambio di appalto, ma solo una particolare salvaguardia che impone alla società che subentra nell'appalto l'onere di assumere i lavoratori che contemporaneamente subiscono la perdita del posto di lavoro, da parte del precedente datore di lavoro, laddove conciliabile con i programmi dell'impresa.

In tema di appalti, il legislatore italiano, pur garantendo l'inserimento obbligatorio della clausola sociale nei

bandi di gara e negli avvisi pubblici, ha posto in essere una norma piuttosto evanescente, visto che ha subordinato la tutela del lavoro solo se in armonia, o forse in subordine, all'organizzazione d'impresa che potrà determinare, in pratica, se assumere o meno il personale e a quali condizioni.

È così, che la tutela del lavoro declina all'interesse privato dell'azienda e il diritto del lavoro nostrano, per molto tempo, all'avanguardia nella difesa delle ragioni dei lavoratori e nella tutela dei diritti sociali del lavoro, retrocede e svilisce di fronte alla venale prepotenza dell'interesse economico privato,

senza contare gli innumerevoli e defatiganti contenziosi che la questione ha prodotto.

Nella rilettura delle norme del codice dei contratti pubblici, che in queste settimane sta effettuando il governo, per il rilancio dell'economia e lo sblocco dei cantieri, la difesa del lavoro non può e non deve avere un ruolo meramente di facciata, anzi sarebbe auspicabile, nel rispetto dei fondamentali principi di civiltà giuridica e tutela dell'affidamento, che il legislatore chiarisca in modo inequivoco in contenuto e l'efficacia giuridica della clausola sociale in tema di appalti pubblici.

#### Abstract

*L'autore tratta, nel contributo, del tema della tutela del lavoro e delle clausole sociali nel mondo degli appalti, evidenziando la complessità di un necessario e reale contemperamento tra l'interesse privato della libera attività di impresa e la tutela del lavoro e dei diritti sociali giuridicamente rilevanti, spesso sacrificati all'altare della libera concorrenza e del profitto d'impresa.*

In the contribution, the author deals with the issue of job protection and social clauses in the procurement world, highlighting the complexity of a necessary and real reconciliation between the private interest of free business activity and the protection of work and social rights legally relevant, often sacrificed to the altar of free competition and corporate profit.