Autorità Nazionale Anticorruzione

Linee Guida
recanti "La disciplina delle clausole sociali"

Documento di consultazione

Sommario

PARTE PRIMA 3
TESTO DELLE LINEE GUIDA 3
Premessa 3
1. Finalità e contesto normativo 3
2. Ambito di applicazione 3
3. Le clausole sociali negli affidamenti sopra soglia 4
4. Il rapporto con i contratti collettivi 5
5. Conseguenze del mancato adempimento 5
6. Le clausole sociali diverse dal riassorbimento del personale 5
PARTE SECONDA 7
NOTA ESPLICATIVA 7
1. Finalità e contesto normativo 7
2. Ambito di applicazione 8
3. Le clausole sociali negli affidamenti sopra soglia 9
4. Il rapporto con i contratti collettivi 10
5. Conseguenze del mancato adempimento 11
6. Le clausole sociali diverse dal riassorbimento del personale 12

PARTE PRIMA

TESTO DELLE LINEE GUIDA

Premessa

Le presenti Linee guida sono adottate ai sensi dell'articolo 213, comma 2, del decreto legislativo n. 50 del 2016 (di seguito Codice dei contratti pubblici), come novellato dal decreto legislativo 19 aprile 2017 n. 56 (cosiddetto decreto correttivo) e contengono indicazioni circa le modalità di applicazione e di funzionamento dell'istituto della clausola sociale, da considerare non vincolanti.

1. Finalità e contesto normativo

1.1 Le presenti Linee guida disciplinano le modalità di applicazione e di funzionamento dell'istituto della clausola sociale, tenuto conto dell'obbligo stabilito all'articolo 50 del Codice, secondo cui le stazioni appaltanti devono inserire, nei bandi e nelle lettere di invito, specifiche clausole volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato.

1.2 Per effetto della previsione normativa si impone alla stazione appaltante un formale e specifico recepimento della clausola sociale nella *lex specialis* di gara e nel contratto di appalto/concessione.

1.3 In conformità all'articolo 3, comma 1 lettera qqq) del Codice dei contratti pubblici, le stazioni appaltanti possono accogliere una nozione più ampia di clausola sociale rispetto alla mera tutela occupazionale, valorizzando negli atti di gara aspetti che afferiscono alla protezione sociale, al lavoro e all'ambiente.

2. Ambito di applicazione

2.1 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), con particolare riguardo a quelli ad alta intensità di manodopera.

2.2 Le stazioni appaltanti hanno la facoltà di prevedere la clausola sociale anche in appalti non caratterizzati dalla prevalenza della manodopera, con esclusione (oltre ai servizi di natura intellettuale):

- degli appalti di fornitura;
- degli appalti/concessioni in cui la prestazione lavorativa è scarsamente significativa o anche irrilevante (ad esempio, appalti di natura finanziaria);
- dei casi in cui è riscontrabile l'elemento dell'*intuitus personae.*

2.3 Le clausole sociali possono essere previste anche negli affidamenti sotto soglia, secondo quanto previsto all'articolo 36 del Codice dei contratti pubblici (si veda anche il paragrafo 3.1 delle Linee guida n. 4).

2.4 La disciplina delle clausole sociali è inoltre applicabile ai settori speciali, in considerazione del richiamo operato dall'articolo 114, comma 1, del Codice dei contratti pubblici alla disciplina contenuta negli articoli da 1 a 58.

3. Le clausole sociali negli affidamenti sopra soglia

3.1 La stazione appaltante, sussistendo le condizioni oggettive e soggettive di applicazione dell'articolo 50 del Codice dei contratti pubblici, in linea di principio ha l'obbligo di inserire le clausole sociali all'interno della *lex specialis* di gara.

3.2 L'obbligo richiede, in ogni caso, che siano rispettate tali condizioni:

- il contratto di cui si tratta è oggettivamente assimilabile a quello in essere. L'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 incompatibilità rispetto a quello da attivare, ad esempio, per la diversità delle attività oggetto dell'affidamento e/o per la difformità delle condizioni soggettive di accesso alla gara da parte degli operatori economici;
- l'incompatibilità si riferisce all'entità delle prestazioni; nel caso in cui il nuovo appalto prevede l'utilizzo di un numero inferiore di prestazioni e dunque di risorse lavorative rispetto al contratto in essere, l'obbligo di assorbimento grava nei limiti del nuovo fabbisogno;
- 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 del lavoro elaborata dal nuovo assuntore.
- sussistendo tale compatibilità, il lavoratore dell'impresa uscente deve essere riassorbito dall'impresa entrante, con preferenza rispetto a soggetti terzi. I lavoratori che non trovano collocazione nella nuova organizzazione sono destinatari, nel rispetto delle procedure sindacali, delle tutele apprestate dagli ammortizzatori sociali previsti dalla legge;

- la clausola sociale è espressamente prevista nella *lex specialis*. L'operatore economico accetta espressamente la clausola sociale e l'obbligo è riportato nel contratto;
- allo scopo di consentire ai concorrenti di conoscere i dati del personale da assorbire, la stazione appaltante indica, in modo chiaro, il numero di unità, monte ore, CCNL applicato dall'attuale appaltatore, qualifica, livelli retributivi, scatti di anzianità, sede di lavoro.

4. Il rapporto con i contratti collettivi

4.1 Le stazioni appaltanti considerano la disciplina recata dai contratti collettivi nazionali di lavoro.

4.2 Le imprese tenute all'applicazione del CCNL osservano la prescrizione relativa all'assorbimento del personale uscente, anche a prescindere dalla previsione *ad hoc* inserita nella *lex specialis*, tenuto conto del richiamo espresso, ad opera del predetto articolo 50, della disciplina recata dai contratti collettivi di settore di cui all'articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81.

4.3 L'applicazione delle clausole sociali avviene in armonia con la disciplina recata dalle disposizioni contenute nei contratti collettivi di settore.

5. Conseguenze del mancato adempimento

5.1 L'inadempimento, da parte dell'impresa affidataria, agli obblighi derivanti dalla clausola sociale rappresenta violazione dei doveri che incombono sull'impresa subentrante.

5.2 La mancata accettazione della clausola sociale costituisce manifestazione della volontà di proporre un'offerta condizionata, come tale inammissibile nelle gare pubbliche.

5.3 Qualora la stazione appaltante accerti in gara, se del caso attraverso il meccanismo del soccorso istruttorio, che l'impresa concorrente rifiuta, senza giustificato motivo, di accettare la clausola, si impone l'esclusione dalla gara, laddove l'accertamento compiuto consenta di ritenere che l'operatore economico intenda rifiutare l'applicazione della clausola, legittimamente prevista.

5.4 L'esclusione, viceversa, non è fondata nell'ipotesi in cui l'operatore economico manifesti il proposito di applicarla nei limiti di compatibilità con la propria organizzazione d'impresa, secondo i termini evidenziati al paragrafo 3.

5.5 Laddove l'impresa affidataria non ottemperi all'impegno assunto in sede di gara e confermato contrattualmente, la violazione imputabile all'appaltatore non rileva ai fini dell'aggiudicazione, in quanto la clausola sociale, secondo la configurazione rinvenibile dall'articolo 100 del Codice dei contratti, costituisce una condizione di esecuzione del contratto. L'inadempimento rileva nell'ambito della responsabilità contrattuale, talché unicamente la stazione appaltante è legittimata ad avvalersi dei rimedi di matrice civilistica, previsti nel contratto, ad esempio clausola risolutiva espressa e penali, e dalla legge (si veda l'articolo 108 del Codice dei contratti pubblici).

6. Le clausole sociali diverse dal riassorbimento del personale

6.1 Le stazioni appaltanti possono tenere in considerazione anche fattori, di rilevanza sociale ed ambientale. In particolare, possono essere valutati sia ulteriori requisiti o condizioni di esecuzione, ai sensi dell'articolo 100 del Codice dei contratti pubblici, sia criteri di

aggiudicazione, laddove venga utilizzato il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo (articolo 95, comma 69) o si faccia ricorso ai "costi del ciclo di vita" (articolo 96, comma 1, lettera b).

6.2 Possono essere considerati, a titolo esemplificativo: contenimento dei consumi energetici; adozione di misure di sicurezza dei lavoratori, ulteriori rispetto a quelle previste dal decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81; riduzione delle emissioni inquinanti; inserimento di lavoratori svantaggiati (es. disoccupati di lunga durata/persone con disabilità) in quantità superiore allo standard previsto dalla legislazione sociale nazionale.

6.3 Elementi di natura sociale/ambientale, pertinenti all'oggetto dell'affidamento, possono essere inseriti nel rispetto dei principi generali sanciti dall'articolo 30 del Codice dei contratti pubblici, con particolare riguardo a: economicità, non discriminazione e proporzionalità.

6.4 Nella predisposizione dei bandi di gara, le stazioni appaltanti procedono in modo equilibrato, avendo cura di:

- non introdurre specifiche che potrebbero determinare effetti anticoncorrenziali o incompatibili con la libera iniziativa economica;
- non attribuire, in sede di valutazione dell'OEPV, un peso ponderale sproporzionato alle clausole in questione, salvo che non sia giustificato in relazione all'oggetto della commessa e all'utilità per la stazione appaltante, anche allo scopo di assicurare comunque l'economicità dell'affidamento.

PARTE SECONDA

NOTA ESPLICATIVA

Nella presente sezione sono descritte le ragioni per le scelte effettuate nel testo proposto di Linee guida e le questioni su cui si chiede la valutazione da parte dei soggetti partecipanti alla consultazione.

1. Finalità e contesto normativo

Il decreto legislativo n. 50 del 2016 (di seguito Codice dei contratti pubblici), come novellato dal decreto legislativo 19 aprile 2017 n. 56 (cosiddetto decreto correttivo) prevede espressamente, all'articolo 50, che le stazioni appaltanti inseriscano, nei bandi e nelle lettere di invito, "*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*".

Si tratta di una previsione che sovverte l'impostazione originaria del nuovo Codice dei contratti pubblici, che invece stabiliva una mera facoltà di inserimento ("*possono inserire…specifiche clausole sociali*").

La *ratio* della clausola sociale, come delineata dalla predetta disposizione, è dunque in primo luogo quella di tutelare la stabilità occupazionale del personale utilizzato dall'impresa uscente nell'esecuzione del contratto.

Sebbene il predetto articolo 50 riferisca letteralmente l'aspetto "sociale" della clausola soltanto alle dinamiche tese al mantenimento del posto di lavoro, l'articolo 3, comma 1 lettera qqq) del Codice dei contratti pubblici accoglie invece una nozione più ampia, definendo 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…*".

La definizione recata dal predetto articolo 3 si presta dunque a consentire alle stazioni appaltanti aperture verso previsioni tese a valorizzare aspetti ulteriori rispetto alla mera tutela occupazionale dei lavoratori dell'impresa uscente.

La scelta del legislatore nazionale 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).

Anche la legge delega per l'attuazione delle citate Direttive (legge 28 gennaio 2016, n.11) reca disposizioni specifiche sul tema delle clausole sociali.

Si fa riferimento, in particolare, all'articolo 1, comma 1, lettere fff) e ggg), il cui contenuto è confluito nell'articolo 50 del Codice, in merito alla promozione della stabilità occupazionale, ma anche all'articolo 1, comma 1, lettera ddd) sulla valorizzazione delle "*esigenze sociali e di sostenibilità ambientale*" ai fini della valutazione delle offerte (articolo 95, comma 6, del Codice dei contratti pubblici).

Il fattore ricorrente è rappresentato dalla qualificazione in termini di "clausola", a sottolineare che la tutela della finalità sociale richiede, in capo alle parti contraenti, ed alla stazione appaltante *in primis*, la necessità di un formale e specifico recepimento nella *lex specialis* e nel contratto di appalto/concessione.

In argomento giova richiamare altresì le previsioni contenute nei bandi-tipo adottati dall'Autorità (si vedano il paragrafo 24 del bando-tipo n. 1/2017 e il paragrafo 25 del bando-tipo n. 2/2017).

Nel paragrafo 3.1 delle Linee guida recanti la disciplina dei contratti di importo inferiore alla soglia comunitaria (Linee guida n. 4, aggiornate da ultimo con delibera n. 206 del 1 marzo 2018), l'ANAC, facendo seguito a quanto indicato dal Consiglio di Stato nel parere n. 361 del 12 gennaio 2018, ha stabilito di adottare uno specifico atto regolatorio sul tema delle clausole sociali. Tale scelta è motivata dal fatto che, riguardando la materia trasversalmente l'intero Codice dei contratti pubblici e non singoli istituti, per quanto rilevanti, appare opportuno trattare l'argomento in uno specifico atto di carattere generale, anziché ripetere la trattazione nelle singole Linee guida (indicazioni sulle clausole sociali sono, ad esempio, contenute nella bozza di revisione delle Linee guida sull'affidamento dei servizi di vigilanza privata, attualmente all'esame del Consiglio di Stato per il parere).

L'Autorità reputa opportuno fornire, a beneficio del mercato, ai sensi della generale previsione di cui all'articolo 213, comma 2 del Codice dei contratti pubblici, un quadro esaustivo delle problematiche che riguardano l'istituto, sia per gli affidamenti di rilievo comunitario che per quelli sotto soglia, tenuto conto che le clausole sociali:

- hanno particolare impatto sia nella fase di predisposizione dei bandi di gara che nella fase di esecuzione dei contratti;
- riguardano una notevole quantità di affidamenti;
- possono essere oggetto di rilevanti controversie fra le parti contraenti, coinvolgendo spesso anche le associazioni sindacali.

Il presente documento contiene proposte di soluzioni interpretative e operative che si sottopongono all'attenzione degli *stakeholders*, invitando gli stessi a far pervenire le proprie osservazioni ed evidenziando le motivazioni a supporto delle scelte prospettate e il possibile impatto delle stesse sul mercato.

Di seguito si evidenziano le specifiche questioni da approfondire e le relative osservazioni, con le sottese problematiche rilevate, fermo restando che gli *stakeholders* potranno evidenziare altre questioni ritenute significative e attinenti al redigendo atto regolatorio dell'ANAC.

2. Ambito di applicazione

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).

Si pone il problema di valutare se, al di fuori dei casi di alta intensità di manodopera, come definita dall'ultimo periodo dell'articolo 50, che rappresentano il campo elettivo della clausola sociale, le stazioni appaltanti abbiano o meno l'obbligo, ovvero la facoltà, di prevedere detta clausola anche in appalti non aventi la predetta caratteristica (con esclusione dei servizi di natura intellettuale, naturalmente)

Astrattamente sono prospettabili le seguenti tesi:

- 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;
- tesi negativa: 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 applicazione;

- 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.

Nel documento posto in consultazione si è optato per la tesi della facoltatività, ritenuta più aderente al tenore letterale delle disposizione e più coerente con la generale discrezionalità di cui godono le stazioni appaltanti.

Si ritiene, in ogni caso, non proponibile la clausola sociale nelle seguenti situazioni, nelle quali la componente della prestazione lavorativa non acquisisce un rilievo specifico:

- negli appalti di forniture;
- negli appalti/concessioni in cui la prestazione lavorativa è scarsamente significativa o anche irrilevante (ad esempio, appalti di natura finanziaria);
- in termini più generali, ogni qual volta è riscontrabile l'elemento dell'*intuitus personae.*

3. Le clausole sociali negli affidamenti sopra soglia

La stazione appaltante, sussistendo le condizioni oggettive e soggettive di applicazione dell'articolo 50 del Codice dei contratti pubblici, in linea di principio ha l'obbligo di inserire le clausole sociali all'interno della *lex specialis* di gara.

Nel documento posto in consultazione sono stati indicati i presupposti logico-giuridici individuati dalla giurisprudenza consolidata per la sussistenza dell'obbligo e, ulteriormente, i limiti di contenuto.

Quanto ai presupposti applicativi, è necessario che il contratto di cui si tratta sia oggettivamente assimilabile a quello in essere. Non è pertanto 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;
- il contratto in essere presenti un'oggettiva incompatibilità rispetto a quello da attivare (ad esempio, per la diversità delle attività oggetto dell'affidamento e/o per la difformità delle condizioni soggettive di accesso alla gara da parte degli operatori economici).

Qualora l'incompatibilità si riferisca all'entità delle prestazioni (ad esempio, il nuovo appalto prevede l'utilizzo di un numero inferiore di prestazioni e dunque di risorse lavorative rispetto al contratto in essere), si deve ritenere che l'obbligo di assorbimento possa gravare nei limiti del nuovo fabbisogno (l'impresa subentrante non può quindi essere obbligata a riassorbire tutti i dipendenti dell'impresa cessante anche a fronte di un mutato, al ribasso, quadro esigenziale).

Posto che sussistano le condizioni per inserire la clausola sociale, occorre analizzare, in dettaglio, i contenuti della clausola e gli adempimenti che ne derivano.

Con riferimento al contenuto principale dell'obbligo gravante sull'impresa subentrante, la giurisprudenza, anche comunitaria, ha chiarito 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. In tal senso, deve intendersi il richiamo operato dall'articolo 50 del Codice dei contratti pubblici ai "*principi dell'Unione Europea*".

Il riassorbimento del personale, in sostanza, è imponibile nella misura e nei limiti in cui sia compatibile con il fabbisogno richiesto dall'esecuzione del nuovo contratto e, altresì, con la pianificazione e l'organizzazione del lavoro elaborata dal nuovo assuntore.

Sussistendo tale compatibilità, il lavoratore dell'impresa uscente deve essere riassorbito dall'impresa entrante, con preferenza rispetto a soggetti terzi.

I lavoratori che non trovano collocazione nella nuova organizzazione sono destinatari, nel rispetto delle procedure sindacali, delle tutele apprestate dagli ammortizzatori sociali previsti dalla legge.

La clausola sociale dovrà essere espressamente prevista ed evidenziata a chiare lettere dalla stazione appaltante nella *lex specialis* (sia nel disciplinare di gara che nello schema di contratto, così come previsto nel bando tipo Anac n.1/2017, paragrafo 24). È opportuno, inoltre, che in sede di offerta l'operatore economico accetti espressamente la clausola in questione e che, naturalmente, l'obbligo sia riportato anche nel contratto poi sottoscritto con l'affidatario.

Allo scopo di consentire ai concorrenti di conoscere i dati del personale da assorbire, la stazione appaltante deve altresì indicare, in modo chiaro, i dettagli delle unità impiegate nell'esecuzione del contratto in corso. In particolare, occorre indicare: numero di unità, monte ore, CCNL applicato dall'attuale appaltatore, qualifica, livelli retributivi, scatti di anzianità, sede di lavoro.

4. Il rapporto con i contratti collettivi

L'analisi del tema delle clausole sociali non può prescindere dal confronto con la disciplina recata dai contratti collettivi nazionali di lavoro.

D'altra parte, si osserva che, fino all'introduzione dell'articolo 50 novellato del Codice dei contratti pubblici, la tutela della stabilità occupazionale del personale era affidata unicamente all'iniziativa autonoma delle stazioni appaltanti o, in particolar modo, ai contratti collettivi.

Tra questi, a titolo meramente indicativo e non esaustivo, si richiamano:

- pulizie/servizi integrati/multiservizi (articolo 4);
- turismo, ristorazione e mense aziendali (articolo 332 e seguenti);
- vigilanza privata e servizi fiduciari (articolo 24 e seguenti).

Si tratta di valutare se, nei casi in cui i CCNL prevedono specifici obblighi di riassorbimento, le stazioni appaltanti possano derogarvi (ad esempio, nel sotto soglia, dove l'articolo 36, comma 1, indica la previsione della clausole sociali in termini di mera possibilità).

Nel documento di consultazione, si è aderito all'orientamento per cui, stante il potere rappresentativo conferito alle associazioni datoriali firmatarie, le imprese tenute all'applicazione del CCNL devono osservare la prescrizione relativa all'assorbimento del personale uscente, anche a prescindere dalla previsione *ad hoc* che la stazione appaltante inserisca nella *lex specialis*.

Tale interpretazione è confortata dal richiamo espresso, ad opera del predetto articolo 50, della disciplina recata dai contratti collettivi di settore di cui all'articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81.

In sostanza, l'applicazione delle clausole sociali deve in ogni caso avvenire in armonia con la disciplina recata dalle disposizioni contenute nei contratti collettivi di settore.

5. Conseguenze del mancato adempimento

Nel documento posto in consultazione si è ritenuto di affrontare la tematica delle conseguenze derivanti dal mancato adempimento all'obbligo di riassorbimento, stabilito per obbligo di legge o di previsione recata dal CCNL, valutando separatamente l'ipotesi di rifiuto in gara di accettazione della clausola contenuta nella *lex specialis* da quella in cui l'affidatario non adempia all'obbligo contrattualmente sancito.

Posto che l'inadempimento degli obblighi in parola rappresenta, senza dubbio, una violazione dei doveri che incombono sull'impresa subentrante, la questione si lega, inscindibilmente, alla valutazione circa la natura giuridica della clausola sociale.

Nel documento posto in consultazione si è espresso avviso che la prima ipotesi (mancata accettazione della clausola sociale) costituisca, nella sostanza, manifestazione della volontà di proporre un'offerta condizionata, come tale inammissibile nelle gare pubbliche e causa di esclusione dalla selezione.

Qualora pertanto la stazione appaltante accerti in gara, se del caso attraverso il meccanismo del soccorso istruttorio, che l'impresa concorrente rifiuta, senza giustificato motivo, di accettare la clausola, si impone l'esclusione dalla gara, laddove l'accertamento compiuto consenta di ritenere che l'operatore economico intenda rifiutare *sic et simpliciter* l'applicazione della clausola, legittimamente prevista. L'esclusione, viceversa, non appare fondata nell'ipotesi in cui, stante la pur legittima previsione della clausola, l'operatore economico manifesti il proposito di applicarla nei limiti di compatibilità con la propria organizzazione d'impresa, secondo i termini evidenziati al paragrafo 4 (si veda la sentenza del Consiglio di Stato n. 272 del 17 gennaio 2018).

Non sono inoltre trascurabili gli effetti della clausola sociale nel procedimento di verifica della congruità del costo del lavoro (articolo 95, comma 10, del Codice dei contratti pubblici), anche a prescindere dal riscontro di un'offerta anormalmente bassa, in quanto il mancato assorbimento del personale uscente potrebbe fare emergere l'incongruità del costo del lavoro dichiarato in gara. Anche in tale ipotesi, si imporrebbe l'esclusione dalla gara.

Laddove, viceversa, l'impresa affidataria non ottemperi, in seguito alla stipula del contratto, all'impegno assunto in sede di gara e confermato contrattualmente, sono sostenibili, in astratto, due tesi:

- la clausola sociale costituisce una condizione di esecuzione del contratto, rilevante solo durante il rapporto contrattuale. L'inadempimento, pertanto, resta confinato nell'ambito della responsabilità contrattuale, talché (unicamente) la stazione appaltante è legittimata ad avvalersi dei rimedi di matrice civilistica, previsti dal contratto, ad esempio, clausola risolutiva espressa, penali, e dalla legge (si veda l'articolo 108 del Codice dei contratti pubblici). Tale configurazione comporta che la violazione commessa dall'appaltatore non rileva ai fini dell'aggiudicazione, che pertanto resta insensibile alle vicende *de quibus*. È questa la tesi avallata dalla giurisprudenza amministrativa attuale (si veda la sentenza del Tar Campania n. 848 del 13 febbraio 2017) e, anche in recenti pareri di precontenzioso (si veda la delibera n. 959 del 23 settembre 2016), dall'Autorità. Tale interpretazione sembra inoltre trovare avallo nell'articolo 100, primo comma,

ultimo periodo del Codice dei contratti pubblici, che, disciplinando i requisiti stabiliti dalla stazione appaltante per l'esecuzione del contratto (non, quindi, per la partecipazione alla procedura selettiva), prevede la possibilità di introdurre particolari condizioni di esecuzione, attinenti ad "*esigenze sociali e ambientali*";

- si potrebbe sostenere che il mancato assorbimento del personale, in particolar modo laddove sia totale, o comunque generalizzato, palesi la sostanziale volontà di non accettazione della clausola. In tale ottica interpretativa, la violazione della clausola riverberebbe i propri effetti sull'aggiudicazione, viziandola, e legittimando peraltro anche i concorrenti all'impugnazione

Nel documento posto in consultazione si è ritenuta preferibile la prima opzione interpretativa, in linea di continuità con gli orientamenti prevalenti in giurisprudenza e con quelli assunti dall'Autorità in recenti pronunce, atti a ricostruire la clausola sociale quale condizione di esecuzione, il cui inadempimento riverbera i propri effetti nell'ambito delle parti del rapporto contrattuale senza retrocedere fino al procedimento selettivo. Anche il tenore dell'articolo 100 del Codice dei contratti pubblici appare in linea con il predetto assunto.

6. Le clausole sociali diverse dal riassorbimento del personale

Il Codice dei contratti pubblici, recependo le indicazioni delle Direttive UE, consente alle stazioni appaltanti di tenere in considerazione anche ulteriori fattori, di rilevanza sociale ed ambientale. E ciò, non solo ai fini di prevedere ulteriori requisiti o condizioni di esecuzione, ai sensi dell'articolo 100 del Codice dei contratti pubblici, ma anche ai fini dell'individuazione dei criteri di aggiudicazione, laddove venga utilizzato il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo (articolo 95, comma 69) o si faccia ricorso ai "costi del ciclo di vita" (articolo 96, comma 1, lettera b).

Si tratta di clausole di tenore facoltativo rispetto a quelle tese al riassorbimento del personale, come detto obbligatorie al ricorrere delle condizioni stabilite dal Codice.

Si potrebbero considerare, a titolo meramente esemplificativo (si veda il bando tipo ANAC n. 1/2017, paragrafo 24 della nota illustrativa):

- contenimento dei consumi energetici;
- adozione di misure di sicurezza dei lavoratori, ulteriori rispetto a quelle previste dal decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81;
- riduzione delle emissioni inquinanti;
- inserimento di lavoratori svantaggiati (es. disoccupati di lunga durata/persone con disabilità) in quantità superiore allo standard previsto dalla legislazione sociale nazionale.

Si rileva, peraltro, che, in tutte le ipotesi in cui le stazioni appaltanti tengono in considerazione elementi di natura sociale/ambientale, pertinenti all'oggetto dell'affidamento, le stesse devono comunque procedere nel rispetto dei principi generali sanciti dall'articolo 30 del Codice dei contratti pubblici, con particolare riguardo a: economicità, non discriminazione e proporzionalità.

Nella predisposizione dei bandi di gara, le stazioni appaltanti devono procedere in modo equilibrato, avendo cura di:

- non introdurre specifiche che potrebbero determinare effetti anticoncorrenziali o incompatibili con la libera iniziativa economica (ad esempio, prevedendo condizioni di esecuzione troppo restrittive, che possono essere soddisfatte solo da pochi operatori economici, e che pertanto sarebbero incompatibili con il gioco competitivo);

- non attribuire, in sede di valutazione dell'OEPV, un peso ponderale sproporzionato alle clausole in questione, salvo che non sia giustificato in relazione all'oggetto della commessa e all'utilità per la stazione appaltante, anche allo scopo di assicurare comunque l'economicità dell'affidamento.