

# Clausole sociali nei bandi da applicare con elasticità

## Codice degli appalti

Il mantenimento dei livelli occupazionali temperato con la libertà d'impresa

La giurisprudenza del Consiglio di Stato e le linee guida Anac

Enrico Maria D'Onofrio  
Barbara Massara

Sulle clausole sociali, previste dall'articolo 57 del Dlgs 36/2023 (Nuovo codice degli appalti pubblici) quali requisiti necessari per la partecipazione alla gara, gli operatori sono impegnati nella ricerca di soluzioni coerenti con il quadro normativo e che nel contempo salvaguardino i margini di autonomia degli appaltatori subentranti.

Tale disposizione, per gli affidamenti dei contratti di appalto di lavori e servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale, prevede che i bandi di gara debbano contenere specifiche clausole sociali con le quali sono richieste misure orientate, tra l'altro, a garantire la stabilità occupazionale del personale impiegato. In tale prospettiva, assume particolare rilievo l'inciso dell'articolo 57 sul necessario «rispetto dei principi dell'Unione europea», tra cui fondamentale è quello della libera concorrenza.

Secondo il consolidato orientamento del Consiglio di Stato – ribadito nella sentenza 807/2024 del 25 gennaio scorso – deve consentirsi un'applicazione elastica della clausola sociale per temperare l'obbligo di mantenimento

dei livelli occupazionali del precedente appalto con la libertà d'impresa e con la facoltà in essa insita di organizzare il servizio in modo efficiente e coerente con la propria organizzazione produttiva, al fine di realizzare economie di costi da valorizzare a fini competitivi nella procedura di affidamento dell'appalto. Anche l'Anac, nelle Linee guida 13 del 13 febbraio 2019 (ancorché riferite alla previgente disciplina del Codice), ha evidenziato che il riassorbimento del personale è imponibile nei limiti in cui sia compatibile con il fabbisogno richiesto dall'esecuzione del nuovo contratto e con la pianificazione e l'organizzazione del nuovo appaltatore.

Quanto previsto dall'articolo 57 va inoltre valutato in coordinamento con l'articolo 11, che richiede l'indicazione nel bando del Ccnl il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso, anche in maniera prevalente, con l'attività oggetto dell'appalto. Infatti, se il Ccnl indicato nel bando non prevede una clausola sociale, sarà cura della stazione appaltante strutturarne una sufficientemente elastica da non pregiudicare la libertà d'impresa degli operatori (attingendo al bando tipo predisposto dall'Anac).

Maggiori criticità sorgono se il Ccnl prevede una clausola sociale destinata a disciplinare le modalità di riassorbimento del personale. In questo caso, è preferibile che la stazione appaltante rimandi, per la disciplina della clausola sociale, a quella del Ccnl indicato nel bando, al fine di evitare una duplicazione di fonti che genererebbe problemi operativi nella gestione del cambio appalto. Tale soluzione appare la più coerente anche con la posizione sostenuta dal Consiglio di Stato nel parere 2703 reso in Commissione speciale del 21 novembre 2018, secon-

do cui «ove la successione tra imprese, ai fini sociali, sia già prevista dai Ccnl cui aderiscono le imprese del settore, non vi sarà spazio alcuno per la clausola sociale inserita nel bando».

Invece, nei casi in cui il Ccnl indicato nel bando contenga una clausola sociale rigida – cioè che imponga l'assorbimento, in misura invariabile, di tutti gli addetti all'appalto – la questione è molto controversa. Secondo un primo orientamento, il carattere elastico della clausola sociale va assicurato in modo indipendente dalla fonte dell'obbligo di assorbimento e quindi prescindendo dal contenuto del Ccnl. In tal caso, quindi, la clausola sociale dovrebbe essere sempre armonizzata con l'organizzazione aziendale dell'imprenditore subentrante (Consiglio di Stato, sezione V, 17 gennaio 2018 n. 272). In base a un diverso orientamento, invece, la clausola sociale nel Ccnl sottoscritto dall'associazione datoriale cui è iscritta l'impresa partecipante è espressione delle facoltà organizzative dell'imprenditore, così sottraendosi alle summenzionate necessità di bilanciamento (Consiglio di Stato, sezione V, 12 settembre 2019 n. 6148).

A parere degli scriventi, la soluzione più coerente con i principi comunitari appare la prima, anche perché – per effetto dell'articolo 11, comma 3 e 4 – alla gara possono partecipare imprese che applicano un differente Ccnl rispetto a quello indicato nel bando e che, quindi, non hanno vincolato la propria organizzazione a una clausola anelastica di cambio appalto. Obbligare tali imprese all'applicazione di una clausola sociale rigida solo perché prevista nel Ccnl indicato nel bando sembrerebbe pregiudicare notevolmente la loro libertà d'impresa e di organizzazione.