



FEDERAZIONE ITALIANA LAVORATORI
COMMERCIO TURISMO SERVIZI
AREA METROPOLITANA DI VENEZIA



Spettabile

ULSS 3

protocollo.aulss3@pecveneto.it

Mestre, 25 febbraio 2021

PROT: MZ/CT

OGGETTO: Valutazioni su clausola sociale – bando gara

Le scriventi Organizzazioni Sindacali, in relazione alla Gara a procedura aperta per il servizio di CUP/CALL CENTER CASSA FRONT OFFICE ed altre attività amministrative e segnatamente in relazione a quanto indicato al Capitolato speciale di appalto e al successivo disciplinare di gara si evidenziano le seguenti osservazioni.

La clausola sociale viene individuata esclusivamente nel disciplinare di gara al punto 20 nel quale viene indicato che “ al fine di promuovere la stabilità occupazionale nel rispetto dei principi dell’Unione europea e ferma restando la necessaria armonizzazione con l’organizzazione degli operatori economici subentranti e con le esigenze tecnico organizzative e di manodopera previste nel nuovo contratto, l’aggiudicatario del contratto di appalto è tenuto ad assorbire prioritariamente il personale già operante alle dipendenze degli aggiudicatari uscenti come previsto dall’articolo 50 del codice garantendo l’applicazione del CCNL del settore di cui all’art 51 de Dlgs 81/2015.

Questo inciso rimane l’unico riferimento alla clausola sociale.

Si ritiene al proposito che questa scarso riferimento ad uno degli istituti che serve a salvaguardare il livello occupazionale e retributivo di tutti i cambi di appalto sia estremamente penalizzante.

La clausola sociale si sa rappresenta uno degli istituti più importanti attinenti alla fase del subentro o «cambio appalto», con una inevitabile incidenza sulla predisposizione degli atti di gara, sulla formulazione e valutazione dell’offerta e sulle condizioni concretamente praticate al personale trasferito.



Anche per tale ragione la giurisprudenza è concorde nel ritenere preferibile una lettura flessibile e meno rigida della clausola sociale, tendente al contemperamento delle diverse esigenze della tutela della libertà di impresa e della garanzia dei livelli occupazionali. Il quadro in materia oggi si fa più complesso a seguito delle nuove indicazioni fornite dall'ANAC, che individua, sebbene in modo non vincolante, alcuni adempimenti per appaltanti e operatori da prevedersi in caso di inserimento della clausola sociale nei bandi di gara.

Ai sensi dell'art. 50 del d.lgs. 18 aprile 2018, n. 50 («Codice appalti») gli enti appaltanti inseriscono, nella lex specialis di gara, comunque denominata, specifiche clausole volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato.

Le «clausole sociali» come è noto sono definite nel Codice 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 o per accedere a benefici di legge e agevolazioni finanziarie.

La disciplina dettata dall'art. 50 del Codice appalti si applica agli affidamenti di appalti e concessioni di lavori e di servizi diversi da quelli di natura intellettuale, con particolare riguardo a quelli ad alta intensità di manodopera, anche nei settori speciali. Rispetto alla portata concreta della clausola sociale la giurisprudenza si è nel tempo consolidata come detto nel senso di ritenere che la garanzia dei livelli occupazionali sia un valore che vada contemperato 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..

Oggi prevale quindi una interpretazione conforme ai principi nazionali e comunitari in materia di libertà di iniziativa imprenditoriale e di concorrenza: diversamente una simile clausola risulterebbe lesiva della concorrenza, scoraggiando la partecipazione alla gara e limitando in maniera ulteriore la platea dei partecipanti, nonché della libertà d'impresa, riconosciuta e garantita dall'art. 41 Costituzione, che sta a fondamento dell'autogoverno dei fattori di produzione e dell'autonomia di gestione propria dell'archetipo del contratto di appalto.

Nella prassi, tali statuizioni hanno portato gli enti appaltanti e gli operatori a ritenere legittimamente che:

- 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; non vi è quindi alcun obbligo per l'impresa aggiudicataria di un appalto pubblico di assumere a tempo indeterminato ed in forma automatica e generalizzata nonché alle medesime condizioni il totale del personale già utilizzato dalla precedente impresa o società affidataria;

- 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;



- l'applicazione di un determinato contratto collettivo non può essere imposta dalla lex specialis alle imprese concorrenti quale requisito di partecipazione né la mancata applicazione di questo può essere a priori sanzionata dalla stazione appaltante con l'esclusione, sicché l'applicazione di un determinato contratto collettivo anziché di un altro non può e non deve determinare, in sé, l'inammissibilità dell'offerta, ciò anche con riguardo alla anomalia dell'offerta.

«La clausola sociale cd. di riassorbimento non comporta alcun obbligo quindi per l'impresa aggiudicataria di un appalto pubblico di assumere a tempo indeterminato ed in forma automatica e generalizzata il totale del personale già utilizzato dalla precedente impresa o società affidataria. ma il bando deve contenere specifiche indicazioni che non sembrano sussistere nel caso in esame. Infatti nel bando di gara nulla si ricava in ordine ai criteri di assorbimento del personale limitandosi le clausole 2,8,9 e 14 a stabilire determinati servizi e i relativi orari. Inoltre non pare essere presa in esame la questione del contratto collettivo da applicare. Secondo la tesi prevalente la scelta era rimessa alla discrezionalità dell'operatore subentrante. Le Linee Guida ANAC (art. 4) tentano di risolvere la questione suggerendo agli enti appaltanti di indicare nella documentazione di gara il contratto collettivo applicabile in ragione della pertinenza rispetto all'oggetto prevalente dell'affidamento, tenuto conto del richiamo disposto dall'articolo 50 del Codice appalti pubblici, all'articolo 51 del d.lgs. n. 81/2015, nonché dell'articolo 30, comma 4, del Codice appalti (contratto cd. leader, ossia sottoscritto dalle associazioni comparativamente più rappresentative sul piano nazionale), che non si impone tout court all'impresa concorrente, ma si assicura al lavoratore come standard minimo inderogabile.

D'altra parte, sarebbe paradossale impedire all'appaltatore di applicare un CCNL più favorevole al lavoratore rispetto al contratto leader. L'operatore economico subentrante applica le disposizioni sulla clausola sociale recate dal contratto collettivo indicato dall'appaltante. È comunque fatta salva l'applicazione, ove più favorevole per i lavoratori, della clausola sociale prevista dal contratto collettivo nazionale prescelto dall'operatore economico.

Inoltre la clausola sociale contenuta nel bando di gara come sostenuto da molti commentatori è recessiva rispetto all'eventuale clausola che sia prevista nei contratti collettivi che disciplinano il cambio appalto, dovendosi la prima applicare solo in caso di mancanza di quest'ultima.

A ciò si aggiunge che secondo le Linee Guida ANAC l'appaltante deve effettuare una ricognizione al fine di raccogliere e mettere a disposizione dei concorrenti i dati del personale da assorbire: senza tali dati si rischia infatti di formulare una offerta non congrua, non sostenibile e meramente teorica.

Sembra quindi mancare in questo bando di gara quando previsto dall'ANAC e cioè l'indicazione degli elementi rilevanti per la formulazione dell'offerta nel rispetto della clausola sociale, in particolare i dati relativi al personale utilizzato nel contratto in corso di esecuzione, quali (su indicazione dell'ANAC): numero di unità, monte ore, CCNL applicato dall'attuale appaltatore, qualifica, livelli retributivi, scatti di anzianità, sede di lavoro, eventuale indicazione dei lavoratori assunti ai sensi della Legge 12 marzo 1999, n. 68, ovvero mediante fruizione di agevolazioni contributive previste dalla legislazione vigente.



FEDERAZIONE ITALIANA LAVORATORI
COMMERCIO TURISMO SERVIZI
AREA METROPOLITANA DI VENEZIA



Naturalmente, ove questi dati non fossero sufficienti, i concorrenti devono richiedere, in modo analitico, all'appaltante i dati ulteriori ritenuti necessari per la formulazione dell'offerta nel rispetto della clausola sociale. Qualora l'appaltante non fosse in possesso dei dati richiesti, la stessa provvederà – così statuisce l'ANAC - a richiederli all'operatore uscente,

L'esigenza di allegare un progetto di riassorbimento è però oggi riconosciuta espressamente da ANAC su indicazione del Consiglio di Stato che, in sede di parere sullo schema delle Linee guida, puntualizzava l'opportunità che l'offerta prevedesse «un vero e proprio «piano di compatibilità» o «progetto di assorbimento», nel senso che l'appaltatore deve ritenersi tenuto ad «illustrare in qual 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». In sostanza, fin dal momento della predisposizione dell'offerta il competitore dovrebbe chiarire se ed in quale modo potrebbe dare seguito alle implicazioni che discendono dalla clausola sociale. Infatti, secondo il parere «tale piano di compatibilità 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 di lavoro».

La rilevanza attribuita dall'ANAC a tale adempimento è notevole sia perché si imporrebbe alla stazione appaltante di monitorare concretamente durante l'esecuzione del contratto se l'operatore rispetti il progetto presentato, sia, soprattutto, per le conseguenze derivanti dalla mancata presentazione del progetto.

La mancata allegazione del progetto da parte del concorrente, protratta nonostante l'attivazione del soccorso istruttorio, equivale a mancata accettazione della clausola sociale, ossia costituisce manifestazione della volontà di proporre un'offerta condizionata, come tale inammissibile nelle gare pubbliche: la conseguenza esplicitata dall'ANAC per questa ipotesi è l'esclusione dalla gara. Le Linee Guida citate sembrano infatti così anticipare al momento della gara un passaggio fino ad oggi rimesso alle sedi sindacali, ma assumono rilevanza proprio perché delimitano con esattezza i compiti e le indicazioni che devono essere contenute nel bando di gara e che legittimano di conseguenza l'appalto.

Inoltre il mancato rispetto dell'art. 3 del Protocollo di intesa in materia di appalti e quindi della mancata convocazione per il confronto con tutte le Parti Sociali firmatarie e tutto su premissa si richiede a codesto Ente l'inserimento del bando di gara o nel contratto di appalto di quanto richiesto dalla O.S. qui firmataria nel senso di individuare con esattezza il c.d. progetto di riassorbimento e le indicazioni specifiche sul contratto da applicare e ciò al fine del corretto adempimento di quanto previsto dalla clausola sociale così come individuata nel codice degli appalti ed integrata dalle linee guida ANAC.

Si ritiene che questa gara d'appalto presenti delle profonde lacune, che possa mettere a rischio i livelli occupazionali e professionali con la preoccupazione che tale condizione possa compromettere l'efficienza del servizio stesso; quindi chiediamo alla direzione sanitaria di adoperarsi per la risoluzione delle lacune da noi segnalate nel testo.

Distinti saluti.

FILCAMS CGIL METROPOLITANA VENEZIA
[Signature]
30172 MESTRE VENEZIA via Ca' Marcello 10 - tel 041/5491201 - Fax 041/5491276

FUNZIONE PUBBLICA VENEZIA

[Signature]
[Signature]