

## PARERE DEL MIT

### APPLICAZIONE DELLA CLAUSOLA SOCIALE E PROGETTO DI RIASSORBIMENTO

Data ricezione: 29 LUGLIO 2019

Argomento: **Clausole sociali**

Oggetto: **clausola sociale – progetto assorbimento**

Quesito: Al sussistere delle condizioni previste dall'art. 50 del Codice, nel disciplinare di gara o nella lettera di invito trova applicazione la clausola sociale, volta a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato. Le linee guida n. 13 recanti la disciplina delle clausole sociali, contengono le indicazioni sulle modalità di applicazione e di funzionamento della clausola sociale. Tra l'altro, con il comunicato del Presidente ANAC del 29 maggio 2019, dette linee guida sono state oggetto di chiarimenti, nello specifico riguardo a quanto contenuto nel paragrafo 3.4 delle Linee guida n. 13. L'ANAC precisa infatti che dette indicazioni debbano ritenersi prevalenti rispetto a quelle di cui al paragrafo 24 del bando tipo n. 1 e al paragrafo 25 del bando tipo n. 2. Ai paragrafi 3.4 e 3.5 delle linee guida sono precisati i dati che la stazione appaltante deve indicare nella documentazione di gara per la formulazione dell'offerta. E' prevista, inoltre, la presentazione, da parte dell'offerente, di un progetto di assorbimento del personale impiegato. Riguardo al progetto di assorbimento sono sorti alcuni dubbi interpretativi sulla sede fisica in cui inserirlo, per i motivi di seguito descritti: - il paragrafo 3.5 delle linee guida prevede la possibilità di attivare il soccorso istruttorio in caso di mancata presentazione del progetto di assorbimento. Ciò farebbe pensare al suo inserimento nella busta contenente la documentazione amministrativa, poiché l'offerta tecnica ed economica non sono soccorribili, ma l'oggetto del progetto invece non sembrerebbe coerente con la collocazione nella fase amministrativa (tenuto anche conto che il paragrafo 3.5 prevede che il progetto debba essere allegato all'offerta, trovando collocazione nella fase tecnica o economica, non compatibili, però, con il soccorso istruttorio. - l'inserimento nella documentazione tecnica fa sorgere il timore che possa essere di condizionamento o di ostacolo del processo valutativo. Si è pensato ad una soluzione intermedia, ovvero prevedere l'inserimento del progetto di assorbimento nella fase economica e disciplinare che, al termine del procedimento di valutazione tecnica da parte della commissione in seduta riservata, lo svolgimento delle operazioni di gara avvenga nel modo seguente: - in seduta pubblica, lettura dei punteggi attribuiti alle offerte tecniche - verifica, in seduta stante, che tutti gli operatori ammessi a questa fase abbiano prodotto il progetto di assorbimento: o in caso affermativo, la seduta prosegue con l'apertura delle offerte economiche e l'elaborazione della classifica finale o in caso negativo, la seduta pubblica viene chiusa, si procede con l'attivazione del soccorso istruttorio come previsto dal paragrafo 3.5 delle linee guida assegnando un breve tempo per produrre il progetto di assorbimento, al termine del quale, in seduta pubblica si procede con l'apertura delle offerte economiche – e di tutta la documentazione afferente questa fase - degli operatori che hanno presentato il progetto (escludendo gli altri che non hanno provveduto) e con l'elaborazione della classifica finale. Consapevoli che il progetto viene a collocarsi “formalmente” nella fase economica, che non ammetterebbe soccorso, si chiede se è condivisibile procedere con questa modalità atipica che, a nostro avviso, non afferendo alla fase tecnica né, sostanzialmente, a quella economica, non espone al rischio di “inquinare” la valutazione tecnica che in quel momento è già definita - né quella economica, appunto, perché l'offerta economica non verrà aperta

fino alla chiusura del sub procedimento relativo al soccorso

Risposta: Riguardo al tema posto, si ricorda che secondo un orientamento giurisprudenziale consolidato, compreso il giudice comunitario, la clausola sociale non determina un obbligo generalizzato di riassorbimento del personale del pregresso affidatario. L'applicazione della clausola sociale, quindi, non comporta, da parte del appaltatore subentrante, l'obbligo di assorbimento di tutto il personale utilizzato dall'impresa uscente, dovendo tale obbligo essere armonizzato - a pena di illegittimità - con l'organizzazione aziendale prescelta dal nuovo affidatario. In altri termini, il riassorbimento del personale è esigibile 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 appaltatore. Pertanto il massimo riassorbimento possibile del personale utilizzato dalla impresa uscente può essere ottenuto solo ove il progetto di riassorbimento sia oggetto di valutazione e attribuzione di specifico peso/punteggio da parte della stazione appaltante. I relativi contenuti, vincolanti in fase esecutiva, pertanto afferiscono più propriamente alla offerta tecnica e la mancata presentazione del piano di riassorbimento non è soggetta a soccorso istruttorio, con conseguente esclusione dalla gara in caso di mancata presentazione. In tale direzione si pongono anche le recenti disposizioni della legge regionale della Toscana 16 aprile 2019 n. 18 (Disposizioni per la qualità del lavoro e per la valorizzazione della buona impresa negli appalti di lavori, forniture e servizi. Disposizioni organizzative in materia di procedure di affidamento di lavori. Modifiche alla l.r. 38/2007), articolo 6, secondo cui nella definizione degli elementi di valutazione dell'offerta le stazioni appaltanti possono tenere conto anche di misure dirette a favorire il riassorbimento del personale impiegato dall'appaltatore uscente, ovvero il piano di riassorbimento. In tal modo viene eliminata qualsiasi incertezza in ordine alla collocazione nell'offerta tecnica dello stesso piano ed alla conseguente non soccorribilità della mancata presentazione. Diversamente si pone la linea guida ANAC n. 13, peraltro non vincolante, secondo cui l'impegno al riassorbimento del personale utilizzato dall'appaltatore uscente trova applicazione specificamente nella fase esecutiva, senza essere oggetto di valutazione alcuna nella fase della gara.