



Rivista di diritto amministrativo

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Diretta da

Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei

Direttore Responsabile

Marco Cardilli

Coordinamento Editoriale

Luigi Ferrara, Giuseppe Egidio Iacovino,
Carlo Rizzo, Francesco Rota, Valerio Sarcone

FASCICOLO N. 5-6/2017

estratto

Registrata nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009

ISSN 2036-7821

Comitato scientifico

Salvatore Bonfiglio, Gianfranco D'Alessio, Gianluca Gardini, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Angelo Piazza, Alessandra Pioggia, Antonio Uricchio, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Annamaria Angiuli, Helene Puliat, J. Sánchez-Mesa Martínez, AndryMatilla Correa.

Comitato dei referee

Gaetano Caputi, Marilena Rispoli, Luca Perfetti, Giuseppe Bettoni, Pier Paolo Forte, Ruggiero di Pace, Enrico Carloni, Stefano Gattamelata, Simonetta Pasqua, Guido Clemente di San Luca, Francesco Cardarelli, Anna Corrado, Fabrizio Cerioni, Gaetano Natullo, Paola Saracini, Mario Cerbone, Margherita Interlandi, Bruno Mercurio, Giuseppe Doria, Salvatore Villani.

Comitato dei Garanti

Domenico Mutino, Mauro Orefice, Stefano Toschei, Giancarlo Laurini, Angelo Mari, Gerardo Mastrandrea, Germana Panzironi, Maurizio Greco, Filippo Patroni Griffi, Vincenzo Schioppa, Michel Sciascia, Raffaello Sestini, Leonardo Spagnoletti, Giuseppe Staglianò, Alfredo Storto, Alessandro Tomassetti, Italo Volpe.

Comitato editoriale

Laura Albano, Daniela Bolognino, Caterina Bova, Silvia Carosini, Sergio Contessa, Marco Coviello, Ambrogio De Siano, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Concetta Giunta, Filippo Lacava, Massimo Pellingra, Stenio Salzano, Francesco Soluri, Marco Tartaglione, Stefania Terracciano.

Le clausole sociali: equilibrio competitivo tra tutela sociale ed economica

di Olga Russo¹

Sommario

1. L'“identità-continua” tra appalto e trasferimento d'azienda. 1.1. L'articolo 2112 del codice civile. 1.2. L'articolo 29 della legge Biagi. 2. Le clausole sociali nel nuovo codice dei contratti pubblici. 2.1. Appalti pubblici inclusivi. 2.2. La flessicurezza delle clausole sociali. 2.3. La clausola di riassorbimento del personale. 3. La clausola sociale per i servizi di tesoreria.

Abstract

L'istituto della “clausola sociale” rappresenta un critico intreccio tra il diritto civile e il diritto amministrativo strutturato in un unicum sistemico che lega intrinsecamente la disciplina privatistica e quella pubblicistica.

Il contributo intende evidenziare, col supporto degli orientamenti giurisprudenziali civili e amministrativi più rilevanti e recenti, come la settorializzazione della tutela sociale nel nuovo art. 50 del d.lgs. 50/2016 sia espressione di coerenza ordinamentale a garanzia dell'equilibrio competitivo tra inclusività e iniziativa economica.

¹ Avvocato. Dottore di ricerca in “Diritto Pubblico, Teoria delle Istituzioni Nazionali ed Europee e Filosofia Giuridica”. Il presente lavoro è stato sottoposto a referaggio secondo la *double blind peer review*.

1. L'“identità-continua” tra appalto e trasferimento d'azienda.

1.1. L'articolo 2112 del codice civile.

La norma basilare, necessaria a spiegare le novità in tema di appalti pubblici è l'art. 2112 del codice civile, contenuto nel titolo II del libro V, rubricato «Del lavoro nell'impresa».

La disposizione codicistica, dedicata al «Mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda» si apre al primo comma con la seguente incisiva statuizione: «In caso di trasferimento d'azienda, il rapporto di lavoro continua con il cessionario ed il lavoratore conserva tutti i diritti che ne derivano».

L'articolo è stato integralmente sostituito dall'art. 18 del d.lgs. 2/2/2001 n. 18 per dare attuazione agli artt. 1-4 della direttiva 2001/23/CE¹.

La prima parte del quinto comma precisa che «si intende per trasferimento d'azienda qualsiasi operazione che, in seguito a cessione contrattuale o fusione, comporti il mutamento nella titolarità di un'attività economica organizzata, con o

senza scopo di lucro, preesistente al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità a prescindere dalla tipologia negoziale o dal provvedimento sulla base del quale il trasferimento è attuato ivi compresi l'usufrutto o l'affitto di azienda»².

La norma richiede un duplice requisito: il mutamento nella titolarità e la continuità dell'identità economica.

Per la realizzazione di un trasferimento d'impresa sarebbe sufficiente, ai fini dell'integrazione delle condizioni per l'operatività della tutela del lavoratore, il subentro di una differente titolarità nella gestione, ossia la continuità nell'esercizio dell'attività imprenditoriale, senza mutamento, però, dell'organizzazione del complesso di beni destinati all'esercizio dell'impresa; costituisce un indice probatorio di tale continuità l'impiego del medesimo personale e l'utilizzo dei medesimi beni aziendali³.

L'entità economica, una volta individuata e circoscritta, deve conservare la propria identità nel trasferimento.

È l'“identità-continua” la chiave interpretativa del trasferimento.

Per determinare se l'entità economica conservi in concreto la sua identità si deve prendere in considerazione il complesso delle circostanze di fatto che caratterizzano l'operazione, tenendo conto che l'importanza da attribuire ai singoli criteri varia in funzione dell'attività esercitata o addirittura in funzione dei metodi di produzione o di gestione utilizzati nell'impresa, nello stabilimento o nella parte di stabilimento di cui trattasi⁴.

¹ «Direttiva 2001/23/CE del Consiglio del 12 marzo 2001 concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di imprese o di stabilimenti». L'art. 1, lett. a), della norma comunitaria delimita l'ambito di applicazione con riferimento ai «trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di imprese o di stabilimenti ad un nuovo imprenditore in seguito a cessione contrattuale o a fusione»; alla successiva lett. b) del medesimo articolo comunitario, si estende l'ambito applicativo della tutela sociale a qualsiasi «trasferimento» inerente «un'entità economica che conserva la propria identità, intesa come insieme di mezzi organizzati al fine di svolgere un'attività economica, sia essa essenziale o accessoria». L'art. 1 della direttiva deve essere interpretato nel senso che quest'ultima può essere applicata anche in una situazione in cui la parte di impresa o di stabilimento ceduta non conservi la sua autonomia dal punto di vista organizzativo, a condizione che il nesso funzionale tra i differenti fattori di produzione trasferiti venga mantenuto e consenta al cessionario di utilizzare questi ultimi al fine di proseguire un'attività economica identica e analoga (Corte Giust. 12-2-2009, in causa C-466/07, *Klarenberg*).

² In dottrina, v. A. INGRAO, *La nozione di trasferimento d'azienda tra giurisprudenza interna e comunitaria* (nota a Cass., sez. lav., 1 ottobre 2012 n. 16641), Riv. it. dir. lav., 2013, 2, 343.

³ Cass. civ., sez. lav., sent. 23/7/2012, n. 1277.

⁴ Nei settori nei quali l'attività si fonda essenzialmente sulla manodopera, ad esempio, un gruppo di lavoratori può cor-

La non coincidenza delle attività imprenditoriali dell'azienda cessante e di quella subentrante, quindi, esclude che possano ritenersi conservate l'entità e l'attività economica prima espletate dall'azienda cessante e necessarie per la configurazione del trasferimento d'azienda ex art. 2112 c.c., con conseguente inapplicabilità delle garanzie previste per i lavoratori dalla direttiva CE 2001/23⁵.

Per di più, la seconda parte del quinto comma della disposizione codicistica aggiunge che «le disposizioni del presente articolo si applicano altresì al trasferimento di parte dell'azienda, intesa come articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata, identificata come tale dal cedente e dal cessionario al momento del suo trasferimento»⁶.

La valutazione sulla sussistenza concreta di un trasferimento implica, innanzitutto, l'individuazione di una precisa entità economica dotata di autonomia funzionale.

Di recente, la Suprema Cassazione ha precisato che è elemento costitutivo della cessione del ramo di azienda, ai sensi dell'art. 2112 c.c., l'autonomia funzionale del ramo ceduto ovvero

la capacità di questo, già al momento dello scorporo dal complesso cedente, di provvedere ad uno scopo produttivo con i propri mezzi e quindi di svolgere (autonomamente dal cedente e senza integrazioni di rilievo da parte del cessionario) il servizio o la funzione cui risultava finalizzato nell'ambito dell'impresa cedente al momento della cessione⁷.

Per la giurisprudenza ermellina, è configurabile il trasferimento di un ramo di azienda nel caso in cui la cessione abbia ad oggetto anche solo un gruppo di dipendenti dotati di particolari competenze che siano stabilmente coordinati ed organizzati tra loro, così da rendere le loro attività interagenti ed idonee a tradursi in beni e servizi ben individuabili, senza che sia necessaria anche la completezza materiale e l'autosufficienza del gruppo⁸; o, ancora, si verifica trasferimento di un ramo di azienda qualora la cessione abbia ad oggetto anche solo un gruppo di dipendenti stabilmente coordinati ed organizzati tra loro, la cui capacità operativa sia assicurata dal fatto di essere dotati di un particolare "know how" (o, comunque, dall'utilizzo di "copyright", brevetti, marchi, etc.)⁹.

La lettera normativa codicistica è garantistica nel prevedere la successione nei rapporti di lavoro *ex lege* per il tramite del fenomeno traslativo.

Non si dà spazio a differenti formulazioni contrattuali, anche accessorie, ma si prevede che tutti i contratti o rapporti di lavoro esistenti alla da-

rispondere a un'entità economica (Cass. civ., sez. lav., sent. 15/3/2017, n. 6770. Nella specie, oggetto del trasferimento erano stati i locali, le attrezzature, l'organizzazione complessiva di un centro fitness e quasi tutti i dipendenti).

⁵ Cass. civ., sez. lav., sent. 24/3/2017, n. 7686.

⁶ In dottrina, V. T. TREU, *Cessione di ramo d'azienda: note orientative e di metodo*, Riv. it. dir. lav., 2016, 1, 43. Cfr. A. TURSI, *Cessione di ramo d'azienda: apparenti contrasti e persistenti equivoci alla luce della giurisprudenza nazionale e comunitaria* (nota a Cass., sez. lav., 27 maggio 2014 n. 11832), Dir. relaz. ind., 2015, 1, 233, e V. MONTEMURRO, *I requisiti di "autonomia" e "preesistenza" nel trasferimento di ramo d'azienda alla luce dei nuovi orientamenti giurisprudenziali e dottrinali* (nota a Cass., sez. lav., 27 maggio 2014 n. 11832), Riv. it. dir. lav., 2015, 1, 90.

Si segnala, per eventuali approfondimenti collaterali, la pubblicazione del recentissimo Cons. St., Ad. plen., sent. 3/7/2017, n. 3 per cui, negli appalti pubblici, la cessione del ramo d'azienda non comporta automaticamente la perdita della qualificazione Soa.

⁷ Cass. civ., sez. lav., sent. 19/1/2017, n. 1316.

⁸ Cass. civ., sez. lav., sent. 5/3/2008, n. 5932 (Nella specie, la S.C., nel confermare la sentenza impugnata, ha ritenuto che la cessione del servizio esattoriale, operata da un istituto di credito, integrasse una ipotesi di cessione di ramo d'azienda, non rilevando, ai fini della sussistenza dei requisiti di autonomia funzionale ed organizzativa, che il 5% dei dipendenti svolgesse compiti promiscui (bancari ed esattoriali) e che il settore si avvallesse di alcuni servizi operativi, il centralino, il servizio paghe, supporti informatici, della banca).

⁹ Cass. civ., sez. lav., sent. 7/3/2013, n. 5678.

ta del trasferimento si trasmettano *ipso iure* al cessionario per il solo fatto del trasferimento¹⁰.

Da un lato, si vuol tutelare la stabilità occupazionale dei lavoratori, dall'altro, non si vuol ledere l'iniziativa economica dell'imprenditore.

La disposizione civilistica racchiude l'equilibrio competitivo tra tutela sociale e tutela economica.

Di talché, è indubbio che lo schema negoziale, con riferimento alla posizione del lavoratore, si risolva in una ipotesi di successione legale del contratto di lavoro subordinato non abbisognante del consenso del contraente ceduto *ex art.* 1406 c.c.¹¹.

Orbene, in cosa consiste la tutela sociale? Il terzo comma dell'art. 2112 c.c. disciplina le conseguenze economiche e retributive del trasferimento nel

seguinte modo: «Il cessionario è tenuto ad applicare i trattamenti economici e normativi previsti dai contratti collettivi nazionali, territoriali ed aziendali vigenti alla data del trasferimento, fino alla loro scadenza, salvo che siano sostituiti da altri contratti collettivi applicabili all'impresa del cessionario. L'effetto di sostituzione si produce esclusivamente fra contratti collettivi del medesimo livello».

In tema di trasferimento di azienda, ai lavoratori che passano alle dipendenze dell'impresa cessionaria si applica il contratto collettivo che regolava il rapporto di lavoro presso l'azienda cedente solamente nel caso in cui l'impresa cessionaria non applichi alcun contratto collettivo; in caso contrario, la contrattazione collettiva dell'impresa cedente è sostituita immediatamente ed in tutto da quella applicata nell'impresa cessionaria anche se contenga condizioni peggiorative per i lavoratori rispetto alla prima¹².

Chiude la tutela sociale il comma quarto dell'articolo per il quale «Ferma restando la facoltà di esercitare il recesso ai sensi della normativa in materia di licenziamenti, il trasferimento d'azienda non costituisce di per sé motivo di licenziamento. [...]»¹³.

1.2. L'articolo 29 della legge Biagi.

Qualora la traslazione si verifichi per il tramite di un contratto di appalto, le maggiori tutele sociali derivano dalle peculiarità del contratto medesimo.

Per l'art. 1655 c.c., infatti, «l'appalto è il contratto con il quale una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio

¹⁰ L'art. 3, comma 1, della direttiva statuisce: «1. I diritti e gli obblighi che risultano per il cedente da un contratto di lavoro o da un rapporto di lavoro esistente alla data del trasferimento sono, in conseguenza di tale trasferimento, trasferiti al cessionario». Cfr. Cass. civ., n. 6770, *cit.*: «Qualora vi sia un passaggio di beni di entità non trascurabile, tale da rendere possibile lo svolgimento di una specifica impresa, può verificarsi trasferimento d'azienda o di ramo di azienda, ai sensi dell'art. 2112 c.c., indipendentemente dal tipo contrattuale da cui deriva il fenomeno successivo».

¹¹ Cass. civ., sez. lav., sent. 14/11/2011, n. 23808. Cfr. Cass. civ., sez. lav., sent. 17/7/2008, n. 19740, per cui: «Mentre nell'ipotesi della cessione di ramo di azienda si realizza la successione legale nel rapporto di lavoro del cessionario senza bisogno di consenso dei contraenti ceduti, nel caso della mera esternalizzazione di servizi ricorre la fattispecie della cessione dei contratti di lavoro, che richiede per il suo perfezionamento il consenso dei lavoratori ceduti. Ne consegue, con riferimento a tale ultimo caso, che i lavoratori ceduti senza il loro consenso hanno diritto a richiedere il risarcimento del danno per l'illegittima cessione del rapporto secondo le norme civilistiche dell'illecito contrattuale, *ex art.* 1218 c.c., e non già secondo la disciplina speciale posta dall'art. 18 Statuto dei lavoratori» (Nella specie, la S.C., rilevato che il rapporto dei lavoratori illegittimamente ceduti era in concreto proseguito con il cessionario con conservazione dei diritti derivanti dal rapporto con il cedente, ha escluso la ricorrenza di un danno da licenziamento illegittimo in capo ai lavoratori, non essendoci stato allontanamento degli stessi dal posto di lavoro).

¹² Cass. civ., sez. lav., sent. 4/2/2008, n. 2609. *Conf.* Cass. civ., sez. lav., sent. 8/9/1999, n. 9545. In dottrina, v. A. SCARPA, *Trasferimento di ramo d'azienda e tutela del lavoratore dipendente*, Il civilista, 2010, 1, 72.

¹³ In dottrina, v. R. GALARDI, *Note in tema di licenziamento connesso a trasferimento di ramo d'azienda* (nota a Cass., sez. lav., 15 maggio 2012 n. 7509), Riv. it. dir. lav., 2013, 2, 323.

rischio, il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in danaro».

L'appaltatore, cioè, oltre che la propria organizzazione (ossia la propria azienda, i propri dipendenti) utilizza per perseguire l'opera o il servizio propri materiali (art. 1658) e assume il rischio dell'affare¹⁴.

È l'autonomia¹⁵ dell'appaltatore a contrastare con la necessaria identità continua del trasferimento d'impresa.

La tutela sociale in caso di subentro in appalto è dettata dall'art. 29 del d.lgs. 10/9/2003, n.276¹⁶

¹⁴ In dottrina, sul contratto di appalto e sulla sua disciplina v. F. GALGANO, *I contratti per l'esecuzione di opere o di servizi*, in *Trattato di diritto civile*, II, Padova, 2010, 649-659.

¹⁵ «L'autonomia dell'appaltatore, il quale esplica la sua attività nell'esecuzione dell'opera assunta con propria organizzazione e apprestandone i mezzi, nonché curandone le modalità e obbligandosi verso il committente a prestargli il risultato della sua opera, comporta che, di regola, egli deve ritenersi unico responsabile dei danni derivati a terzi dall'esecuzione dell'opera» (Cass. civ., sez. III, sent. 19/1/2017, n. 1279) «potendo configurarsi una corresponsabilità del committente soltanto in caso di specifica violazione di regole di cautela nascenti ex art. 2043 c.c., ovvero nell'ipotesi di riferibilità dell'evento al committente stesso per "culpa in eligendo" per essere stata affidata l'opera ad un'impresa assolutamente inidonea ovvero quando l'appaltatore, in base a patti contrattuali, sia stato un semplice esecutore degli ordini del committente, agendo quale "nudus minister" dello stesso» (Cass. civ., sez. lav., sent. 25/1/2016, n. 1234). In dottrina, v. F. CAPPAL, *Autonomia e responsabilità contrattuale dell'appaltatore per i vizi dell'opera*, Resp. civ. e prev., 2005, 1303.

¹⁶ Articolo 29 - «Appalto»: «1. Ai fini della applicazione delle norme contenute nel presente titolo, il contratto di appalto, stipulato e regolamentato ai sensi dell'articolo 1655 del codice civile, si distingue dalla somministrazione di lavoro per la organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore, che può anche risultare, in relazione alle esigenze dell'opera o del servizio dedotti in contratto, dall'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto, nonché per la assunzione, da parte del medesimo appaltatore, del rischio d'impresa. 2. [Salvo diversa disposizione dei contratti collettivi nazionali sottoscritti da associazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative del

(cd. Legge Biagi), il cui comma 3 così sancisce: «L'acquisizione del personale già impiegato

sette che possono individuare metodi e procedure di controllo e di verifica della regolarità complessiva degli appalti.] in caso di appalto di opere o di servizi, il committente imprenditore o datore di lavoro è obbligato in solido con l'appaltatore, nonché con ciascuno degli eventuali subappaltatori entro il limite di due anni dalla cessazione dell'appalto, a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi, comprese le quote di trattamento di fine rapporto, nonché i contributi previdenziali e i premi assicurativi dovuti in relazione al periodo di esecuzione del contratto di appalto, restando escluso qualsiasi obbligo per le sanzioni civili di cui risponde solo il responsabile dell'inadempimento. [Il committente imprenditore o datore di lavoro è convenuto in giudizio per il pagamento unitamente all'appaltatore e con gli eventuali ulteriori subappaltatori. Il committente imprenditore o datore di lavoro può eccepire, nella prima difesa, il beneficio della preventiva escussione del patrimonio dell'appaltatore medesimo e degli eventuali subappaltatori. In tal caso il giudice accerta la responsabilità solidale di tutti gli obbligati, ma l'azione esecutiva può essere intentata nei confronti del committente imprenditore o datore di lavoro solo dopo l'infruttuosa escussione del patrimonio dell'appaltatore e degli eventuali subappaltatori.] Il committente che ha eseguito il pagamento è tenuto, ove previsto, ad assolvere gli obblighi del sostituto d'imposta ai sensi delle disposizioni del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600, e può esercitare l'azione di regresso nei confronti del coobbligato secondo le regole generali. 3. L'acquisizione del personale già impiegato nell'appalto a seguito di subentro di nuovo appaltatore dotato di propria struttura organizzativa e operativa, in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro o di clausola del contratto d'appalto, ove siano presenti elementi di discontinuità che determinano una specifica identità di impresa, non costituisce trasferimento d'azienda o di parte d'azienda. 3-bis. Quando il contratto di appalto sia stipulato in violazione di quanto disposto dal comma 1, il lavoratore interessato può chiedere, mediante ricorso giudiziale a norma dell'articolo 414 del codice di procedura civile, notificato anche soltanto al soggetto che ne ha utilizzato la prestazione, la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze di quest'ultimo. In tale ipotesi si applica il disposto dell'articolo 27, comma 2. 3-ter. Fermo restando quando previsto dagli articoli 18 e 19, le disposizioni di cui al comma 2 non trovano applicazione qualora il committente sia una persona fisica che non esercita attività di impresa o professionale».

nell'appalto a seguito di subentro di nuovo appaltatore dotato di propria struttura organizzativa e operativa, in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro o di clausola del contratto d'appalto, ove siano presenti elementi di discontinuità che determinano una specifica identità di impresa, non costituisce trasferimento d'azienda o di parte d'azienda»¹⁷.

Il nuovo appaltatore subentrante è, infatti, nella previsione normativa, specificamente dotato di propria struttura organizzativa e operativa.

L'attuale formulazione dell'articolo scaturisce da un recente intervento legislativo di riforma, su indicazione comunitaria, attuato dalla legge 7 luglio 2016, n. 122¹⁸.

La precedente versione della norma, infatti, era assolutizzante nel prevedere che «l'acquisizione del personale già impiegato nell'appalto a seguito di subentro di un nuovo appaltatore, in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro, o di clausola del contratto d'appalto, non costituisce trasferimento d'azienda o parte d'azienda»; la disciplina italiana sul cambio appalto, nella parte in cui escludeva radicalmente la configurabilità di un trasferimento d'azienda quando l'impresa subentrante in un appalto assume i dipendenti già impegnati dall'imprenditore uscente nell'appalto medesimo, era ritenuta lesiva delle tutele sociali di cui alla Direttiva 2001/23/CE¹⁹.

¹⁷ Comma sostituito dall'articolo 30, comma 1, della legge 7 luglio 2016, n. 122.

¹⁸ «Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea - Legge europea 2015-2016».

¹⁹ V. Dossier n. 288/1 - Servizio studi A.S. 2228-A - Legge Europea 2015-2016, in cui si legge che la modifica «sopprime la norma secondo cui l'acquisizione, a seguito di subentro di un nuovo appaltatore ed in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro o di clausola del contratto d'appalto, del personale già impiegato nell'appalto non costituisce trasferimento d'azienda o di parte d'azienda. Si ricorda che tale disposizione (di cui all'art. 29, comma 3, del

Pertanto, la riforma legislativa ha inserito, in linea con l'art. 2112 c.c., la necessità dell'identità continua anche in caso di successione nell'appalto affinché i lavoratori possano beneficiare della tutela legale applicabile per i trasferimenti d'azienda.

Qualora sussista trasferimento d'azienda, la disciplina tutelare applicabile sarà quella legale.

2. Le clausole sociali nel nuovo codice dei contratti pubblici.

2.1. Appalti pubblici inclusivi.

La tutela sociale privatistica si settorializza negli appalti qualora una parte contrattuale sia pubblica e, quindi, portatrice di interessi preminenti.

Che il codice dei contratti pubblici, introdotto con d.lgs. 50 del 18/4/2016, sia disciplina settoriale, lo ha affermato di recente il Consiglio di Stato

D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276) è interpretata dalla giurisprudenza, anche della Corte di cassazione, nel senso che la medesima non esclude che, qualora ricorrano i presupposti, il subentro di un nuovo appaltatore costituisca un trasferimento d'azienda o di parte d'azienda. Tuttavia, i servizi della Commissione europea (Caso *EU Pilot* 7622/15/EMPL), ai fini della valutazione della compatibilità della norma con la disciplina dell'Unione europea, hanno reputato insufficiente quest'ordine di considerazioni, ritenendo (secondo il loro esame delle sentenze della Corte di cassazione) che l'interpretazione della norma escluda la configurazione del subentro nell'appalto come trasferimento d'azienda o di parte d'azienda in tutti i casi in cui il medesimo subentro non sia accompagnato (oltre che dal passaggio del personale) da un trasferimento di beni di "non trascurabile entità". Di conseguenza, secondo i servizi della Commissione, la norma violerebbe la direttiva 2001/23/CE del Consiglio, del 12 marzo 2001, "concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di imprese o di stabilimenti". Si ricorda che dall'inquadramento di una fattispecie come trasferimento di azienda (o di parte di essa) - trasferimento che può consistere anche in un usufrutto o in un affitto - consegue la tutela sul mantenimento dei diritti dei lavoratori, di cui all'art. 2112 del codice civile».

nel parere del 21 marzo 2016 avente ad oggetto lo schema del nuovo codice in emanazione²⁰.

L'articolo 50 del nuovo codice dei contratti pubblici, rubricato «Clausole sociali del bando di gara e degli avvisi», come modificato dal d.lgs. 56/2017²¹, sancisce che «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 intensità di manodopera, i bandi di gara, gli avvisi e gli inviti inseriscono²², 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. 81²³. 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».

Come già evidenziato, nei settori nei quali l'attività si fonda essenzialmente sulla manodopera, un gruppo di lavoratori può costituire di

per sé "entità economica", trasferibile, di un'azienda²⁴.

La tutela sociale, dunque, è affidata alla previsione di clausole contrattuali.

In sede definitoria, l'art. 3, lett. qq), del codice appalti individua le «clausole sociali» quali «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».

Il nuovo codice dei contratti utilizza espressamente la locuzione "clausola sociale", a differenza del precedente *corpus* normativo, in cui, data l'assenza di esplicite definizioni, le clausole sociali erano giurisprudenzialmente ricondotte alla disposizione dell'art. 69 dell'abrogato codice per cui le stazioni appaltanti potevano esigere condizioni particolari di esecuzione del contratto prescritte nel bando o nell'invito attinenti «a esigenze sociali o ambientali»²⁵.

²⁴ V. *supra*, nota 3.

²⁵ Sul punto si ricorda l'intervento dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 19 del 6/8/2013 per cui nella gara per l'aggiudicazione di una concessione di pubblici servizi è legittima la clausola che, a pena di esclusione, impone agli aspiranti concessionari di garantire la continuità dei rapporti di lavoro in corso al momento del subentro (c.d. clausola sociale), quand'anche tale clausola non sia prevista nel bando, ma nella successiva lettera di invito: infatti, sebbene l'art. 69 d.lgs. n. 163 del 2006 stabilisca che clausole del genere debbano essere precisate nel bando di gara o nell'invito nel caso di procedure senza bando, in forza dell'art. 30 comma 1 d.lgs. n. 163 del 2006 alle concessioni non si applicano le disposizioni specifiche dettate per altre tipologie di contratti, purché siano rispettati i principi desumibili dal trattato e i principi generali relativi ai contratti pubblici (nella specie, l'adunanza plenaria ha ritenuto che la lettera di invito rispettasse comunque il principio in base al quale il concorrente deve essere messo in condizione di conoscere, prima della presentazione dell'offerta, gli oneri che assume con la partecipazione alla gara): «È anche da aggiungere che la censura affidata alla pretesa violazione dell'art. 69 del d.lgs. n. 163 del 2006 doveva considerarsi infondata per la

²⁰ «Punto I.d).2. Il presente codice dei contratti pubblici costituisce un codice settoriale nell'ambito del diritto amministrativo».

²¹ «Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50», G.U. n. 103 del 5/5/2017 (cd. "decreto correttivo").

²² Il correttivo ha sostituito con il termine «inseriscono» il precedente «possono inserire» che consentiva l'inserimento di clausole sociali come meramente facoltativo per le stazioni appaltanti.

²³ Decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81 («Disciplina organica dei contratti di lavoro e revisione della normativa in tema di mansioni, a norma dell'articolo 1, comma 7, della legge 10 dicembre 2014, n. 183»), art. 51 («Norme di rinvio ai contratti collettivi»): «Salvo diversa previsione, ai fini del presente decreto, per contratti collettivi si intendono i contratti collettivi nazionali, territoriali o aziendali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e i contratti collettivi aziendali stipulati dalle loro rappresentanze sindacali aziendali ovvero dalla rappresentanza sindacale unitaria».

La disposizione codicistica recepisce l'indicazione comunitaria finalizzata alla strumentalizzazione inclusiva degli appalti. Infatti, il nuovo codice dei contratti pubblici è intitolato «Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture»; in particolare, la Direttiva 2014/24²⁶ qualifica esplicitamente gli

appalti pubblici quali strumenti economici²⁷ per l'attuazione della Strategia Europa 2020²⁸ finaliz-

ragione preliminare che, in forza dell'art. 30, comma 1, del medesimo codice dei contratti, le relative disposizioni "non si applicano alle concessioni di servizi". È ben vero che il terzo comma dell'art. 30, prescrive che la scelta del concessionario deve avvenire nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità; e tuttavia, come chiarito dall'Adunanza Plenaria con la sentenza n. 13 del 2013, non potrebbe sostenersi, a norma del ricordato comma 1, l'applicabilità di tutte le disposizioni del codice, in quanto tutte le norme di dettaglio costituiscono una più o meno immediata applicazione di principi generali. L'applicabilità delle disposizioni legislative specifiche, di per sé estranee alla concessione di servizi, è predicabile quando esse trovino la propria *ratio* immediata nei suddetti principi, sia pure modulati al servizio di esigenze più particolari, ma sempre configurandosi come estrinsecazioni essenziali dei principi medesimi. Tale carattere non può essere attribuito all'art. 69 in questione, ove inteso, sempre che ciò sia possibile, secondo la tesi della parte resistente, come volto a comminare l'illegittimità di una condizione particolare di esecuzione, attinente ad esigenze sociali, perché non prevista nel bando ma nella lettera di invito. In realtà la norma è destinata a salvaguardare il principio, questo certamente non eludibile, e nella specie osservato, che il concorrente sia messo in condizione di conoscere, prima della presentazione dell'offerta, quali oneri assume con la partecipazione alla gara».

²⁶ «Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE».

²⁷ V. A. PAJNO, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, Riv. it. dir. pubbl. com., 2015, 5, 1127; nell'illuminante contributo l'Autore evidenzia: «Il recepimento delle nuove direttive in tema di contratti pubblici: una necessità ed una opportunità. Il dibattito sul rapporto fra diritto ed economia, tra amministrazione e sistema produttivo, è andato progressivamente affinandosi. Sembra, peraltro, che tale dibattito, fino ad adesso, sia rimasto, per dir così, su linee generali, mettendo in luce problemi altrettanto generali, senza misurarsi in modo puntuale con questioni che, pure ampie e significative, hanno un contenuto specifico. Esiste, adesso l'occasione, per il dibattito pubblico, di misurarsi con un problema assai ampio, ma specificamente identificato, e per i giuristi l'opportunità di mostrare la capacità di tradurre in realtà le esigenze di revisione e di cambiamento più volte manifestatesi. [...] Le nuove direttive in materia di contratti pubblici costituiscono una leva decisiva per stimolare la crescita del mercato attraverso lo strumento giuridico, e cioè attraverso la revisione e l'ammodernamento del quadro normativo in materia di contratti pubblici; ciò, mentre l'introduzione di una disciplina tendenzialmente unitaria in materia di concessioni si risolve in una novità importante che conferma la volontà del legislatore europeo di pervenire ad una più completa armonizzazione di un settore così rilevante per la vita economica. Dietro le direttive si coglie un obiettivo ad un tempo più generale e più ambizioso: quello, cioè, di perfezionare il mercato unico nel convincimento che crescita ed occupazione si sviluppino in mercati ben collegati, in cui concorrenza ed accessibilità possano stimolare l'attività imprenditoriale e l'innovazione. Una situazione del genere non deve meravigliare dal momento che, anche per il passato, l'impulso decisivo a modificare la normativa dei contratti pubblici, ed il mercato che li accompagna, è venuto dalla disciplina comunitaria. È con la legge Merloni n. 109 del 1994, nata peraltro anche sotto la spinta di Tangentopoli (la cui disciplina è stata successivamente modificata) che si è provveduto al recepimento della disciplina 93/37/CEE del Consiglio del 14 giugno 1993; sono state ancora le nuove indicazioni contenute nelle direttive n. 2004/18/CE e 2004/17/CE del 31 marzo 2004 a condurre, nel 2006, al codice dei contratti pubblici. Le nuove direttive comunitarie del 2004 consentivano di coniugare insieme una necessità con una opportunità, ovvero di connettere il loro recepimento con la sistemazione di un quadro normativo interno caratterizzato dalla presenza di un gran numero di leggi speciali, che vedevano la giustapposizione di discipline di settore con diversa struttura, por-

zata ad una «crescita intelligente, sostenibile e inclusiva»²⁹.

tata ed ispirazione; anche adesso le nuove direttive europee possono aprire al legislatore nazionale un percorso capace di mettere insieme ragioni di necessità e ragioni di opportunità, legate alla possibilità di intervenire su di un complesso normativo di grande rilevanza per il sistema economico e di importanza decisiva per il sistema amministrativo, così confermando la necessaria, strutturale embricazione del primo con il secondo. Se si guarda a quelle che sono le più rilevanti critiche formulate nei confronti del vigente codice dei contratti pubblici, del suo funzionamento, delle sue conseguenze sui mercati e sull'etica pubblica, è possibile comprendere che quella del recepimento delle nuove direttive europee in materia di contratti pubblici non costituisce soltanto una partita di settore, ma una vera e propria partita di sistema, che riguarda l'intero universo delle amministrazioni pubbliche. Il vero è infatti che la crisi e le contraddizioni che contrassegnano la domanda e l'offerta in materia di contratti pubblici, e nel complesso le vicende che le riguardano, costituiscono una sorta di epifenomeno di una crisi più radicale, che riguarda l'intero sistema amministrativo. I problemi più rilevanti che il legislatore delegato si troverà ad affrontare nell'opera di recepimento delle nuove direttive riguardano infatti alcune questioni più generali che, proprio perché tali, si manifestano nel settore dei contratti pubblici, ma non si esauriscono in esso. La vicenda ad esso relativa incrocia i grandi temi che stanno alla base delle difficoltà dell'intero sistema istituzionale ed amministrativo: il controllo della spesa pubblica, l'inflazione normativa, la questione dell'amministrazione e della sua discrezionalità, la questione dei controlli e del contrasto alla corruzione».

²⁸ COM/2010/2020 def.. Il testo integrale della Comunicazione contenente la strategia è reperibile su <http://eur-lex.europa.eu>. In dottrina, v. M. GNES, E. CHITI, *CRONACHE EUROPEE 2010*, Riv. trim. dir. pubbl., 2011, 3, 803.

²⁹ Il considerando n. 2. statuisce che «Gli appalti pubblici svolgono un ruolo fondamentale nella strategia Europa 2020, illustrata nella comunicazione della Commissione del 3 marzo 2010 dal titolo «Europa 2020 – Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva» (“strategia Europa 2020 per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva”), in quanto costituiscono uno degli strumenti basati sul mercato necessari alla realizzazione di una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva garantendo contemporaneamente l'uso più efficiente possibile dei finanziamenti pubblici». Al considerando n. 95 si ribadisce che «È d'importanza fondamentale sfruttare pienamente il potenziale degli appalti pubblici al fine di realizzare gli obiettivi della strategia Europa 2020 per una crescita intelligente, so-

La crescita inclusiva, in particolare, secondo la Strategia europea consiste nel «promuovere un'economia con un alto tasso di occupazione, che favorisca la coesione economica, sociale e territoriale». L'inclusività è legata all'occupazione. L'obiettivo primario è la garanzia di alti livelli occupazionali³⁰.

stenibile e inclusiva». L'impatto economico della direttiva è immediato. Gli appalti sono, infatti, acquisizioni della P.A., strumentali allo svolgimento delle funzioni pubbliche, e le Amministrazioni rappresentano una categoria importante di consumatori, con un'enorme potenza economica; gli appalti pubblici creano domanda. Pertanto, il settore della contrattualistica pubblica è decisivo per il rilancio produttivo ed il controllo della spesa pubblica.

Ancora, il considerando n. 123 della medesima direttiva prevede che «Al fine di sfruttare appieno il potenziale degli appalti pubblici nel conseguimento degli obiettivi della strategia Europa 2020 per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva, anche gli appalti in materia ambientale, sociale e di innovazione dovranno fare la loro parte».

Il tritico normativo europeo, dunque, attua la strategia “Europa 2020”. Europa 2020 è costruita come una vera e propria strategia aziendale il cui processo manageriale di creazione ed esecuzione strategica si sviluppa attraverso le fasi di descrizione di un piano, definizione di obiettivi e delle modalità per il loro conseguimento, efficace ed efficiente introduzione e implementazione della strategia scelta, valutazione della performance e introduzione di eventuali misure correttive. La prima parte della Strategia analizza la situazione di crisi dell'Europa, le motivazioni e le promesse per il futuro: «*Che Europa vogliamo nel 2020? Europa 2020 deve essere incentrata su tre priorità: – crescita intelligente – sviluppare un'economia basata sulla conoscenza e sull'innovazione; – crescita sostenibile – promuovere un'economia più efficiente sotto il profilo delle risorse, più verde e più competitiva; – crescita inclusiva – promuovere un'economia con un alto tasso di occupazione, che favorisca la coesione economica, sociale e territoriale*». L'oggetto della triade è l'economia. È alla promozione e allo sviluppo di essa che si mira. Anzi, ad una più attenta lettura, l'economia è il vero e proprio soggetto, è il perno attorno a cui ruota ogni decisione. L'intelligenza, la sostenibilità e l'inclusione diventano solo sue aggettivazioni. La pregnanza delle parole della strategia evidenzia la realtà nascosta e rilevante delle politiche.

³⁰ Le “iniziative faro” a supporto sono due: «Un'agenda per nuove competenze e nuovi posti di lavoro» e «Piattaforma europea contro la povertà».

Nella Strategia si precisa che «crescita inclusiva significa rafforzare la partecipazione delle persone mediante livelli di occupazione elevati, investire nelle competenze, combattere la povertà e modernizzare i mercati del lavoro, i metodi di formazione e i sistemi di protezione sociale per aiutare i cittadini a prepararsi ai cambiamenti e a gestirli e costruire una società coesa»³¹.

2.2. La flessicurezza delle clausole sociali.

Per raggiungere l'obiettivo occupazionale si intende utilizzare il criterio della "flessicurezza"³². Il termine flessicurezza indica una strategia integrata di flessibilità e di sicurezza nel mercato del lavoro che intende garantire l'equilibrio tra le esigenze dei datori di lavoro e le necessità dei dipendenti³³. La flessibilità opera nelle transizio-

ni occupazionali, interne ed esterne, mentre la sicurezza opera sul piano delle competenze³⁴.

Il Considerando n. 36 della Direttiva 2014/24/UE afferma: «Lavoro e occupazione contribuiscono all'integrazione nella società e sono elementi chiave per garantire pari opportunità a tutti»³⁵.

Per il successivo Considerando n. 37, «in vista di un'adeguata integrazione dei requisiti in materia ambientale, sociale e di lavoro nelle procedure di appalto pubblico, è particolarmente importante che gli Stati membri e le amministrazioni aggiudicatrici adottino misure pertinenti per garantire il rispetto degli obblighi in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro che si applicano nel luogo in cui i lavori sono eseguiti o i servizi forniti e derivanti da leggi, regolamenti, decreti e

³¹ Cfr. Strategia Europa 2020, pp. 19 ss.

³² Nella Strategia si afferma anche che: «In tale contesto sarà fondamentale applicare i principi della flessicurezza e consentire alle persone di acquisire nuove competenze per adeguarsi alle mutate condizioni e all'eventuale riorientamento professionale. Occorrerà un impegno considerevole per lottare contro la povertà e l'esclusione sociale e ridurre le disuguaglianze in termini di salute per far sì che la crescita risulti vantaggiosa per tutti. Sarà altrettanto importante per noi essere in grado di favorire un invecchiamento attivo e in buona salute onde garantire una coesione sociale e una produttività più elevata».

³³ La flessicurezza è definita dalla «Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni - Verso principi comuni di flessicurezza: Posti di lavoro più numerosi e migliori grazie alla flessibilità e alla sicurezza» (COM/2007/0359 def.). Pur essendo stata elaborata ai fini dell'attuazione della Strategia di Lisbona per la crescita e l'occupazione, la flessicurezza è un ingrediente fondamentale ed imprescindibile per la crescita inclusiva prospettata dalla Strategia Europa 2020.

Sul piano normativo, v. da ultimo la Decisione (UE) del Consiglio del 5 ottobre 2015 N. 1848 sugli orientamenti integrati Europa 2020, per le politiche degli Stati membri a favore dell'occupazione per il 2015, il cui orientamento 7 dell'Allegato Unico è dedicato alla flessicurezza. Per approfondimenti dottrinali, v. C. MASSIMIANI, *Flessicurezza e lavoro dignitoso in Europa: una convivenza possibile?*, Riv. critica dir.

lav., 2008, 3, 833; P. AUER, *La flexicurity nel tempo della crisi*, Dir. relaz. ind. 2011, 1, 37; M. GRANDI, *Il diritto del lavoro europeo. Le sfide del XXI Secolo*, Dir. relaz. ind., 2007, 4, 1022; A. ALAIMO, F. MAZZEO, *Sostegno all'occupazione giovanile, politiche attive del lavoro e servizi per l'impiego: verso nuovi livelli di cooperazione e integrazione a livello europeo*, Riv. it. dir. lav., 2015, 3, 177.

³⁴ La flessicurezza è attuabile per il tramite di azioni politiche fondate su normative moderne che incentivino forme contrattuali flessibili e affidabili contrastanti la segmentazione del lavoro, su strategie di apprendimento continuo per la competitività delle aziende e per l'occupabilità di lungo periodo dei lavoratori, su azioni che riducano i periodi di disoccupazione e agevolino la transizione e, infine, su moderni sistemi di sicurezza sociale di supporto al reddito.

³⁵ La seconda parte del considerando specifica: «In questo contesto, i lavoratori protetti possono svolgere un ruolo significativo. Lo stesso vale per altre imprese sociali il cui scopo principale è l'integrazione o reintegrazione sociale e professionale delle persone con disabilità e delle persone svantaggiate, quali i disoccupati, le persone appartenenti a minoranze svantaggiate o comunque a categorie socialmente emarginate. Tuttavia, detti lavoratori o imprese potrebbero non essere in grado di ottenere degli appalti in condizioni di concorrenza normali. Appare pertanto opportuno prevedere che gli Stati membri possano avere la facoltà di riservare la partecipazione alle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici o di determinati lotti di appalti a tali lavoratori o imprese o riservarne l'esecuzione nel contesto di programmi di lavoro protetti».

decisioni, adottati sia a livello nazionale che dell'Unione, e da contratti collettivi purché tali norme, nonché la loro applicazione, siano conformi al diritto dell'Unione. Parimenti, durante l'esecuzione di un appalto dovrebbero essere applicati gli obblighi derivanti da accordi internazionali ratificati da tutti gli Stati membri ed elencati nell'allegato X. Tuttavia, ciò non dovrebbe in alcun modo impedire l'applicazione di condizioni di lavoro e di occupazione che siano più favorevoli ai lavoratori».

Ancora, il Considerando n. 39 precisa che «I relativi obblighi potrebbero trovare riscontro in clausole contrattuali. Dovrebbe anche essere possibile inserire negli appalti pubblici clausole che assicurino il rispetto dei contratti collettivi in conformità del diritto dell'Unione. Il mancato rispetto dei relativi obblighi potrebbe essere considerato un grave illecito perpetrato dall'operatore economico in questione che può comportare l'esclusione di quest'ultimo dalla procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico».

2.3. La clausola di riassorbimento del personale.

In realtà, anche se la lettera normativa europea e nazionale mira tecnicamente alla stabilità occupazionale del personale impiegato per il tramite della garanzia del rispetto dei contratti collettivi di settore a favore dei lavoratori, in materia di contrattualistica pubblica vi è un *quid pluris* derivante dal rispetto di specifici principi concorrenziali.

L'art. 30 del nuovo codice dei contratti pubblici, nella suddivisione di doveri tra stazioni appaltanti e operatori economici, al primo comma, prescrive che «[...] Nell'affidamento degli appalti e delle concessioni, le stazioni appaltanti rispettano, altresì, i principi di libera concorrenza, non

discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché di pubblicità [...]»³⁶.

³⁶ Il principio di tutela sociale nei nuovi appalti è evidente dal comma 3 che stabilisce «nell'esecuzione di appalti pubblici e di concessioni, gli operatori economici rispettano gli obblighi in materia ambientale, sociale del lavoro [...]». Il successivo comma 4 è anch'esso connotato di socialità nel momento in cui stabilisce che «al personale impiegato nei lavori oggetto di appalti pubblici e concessioni è applicato il contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e quelli il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente». Il comma 5 statuisce: «In caso di inadempienza contributiva risultante dal documento unico di regolarità contributiva relativo a personale dipendente dell'affidatario o del subappaltatore o dei soggetti titolari di subappalti e cottimi di cui all'articolo 105, impiegato nell'esecuzione del contratto, la stazione appaltante trattiene dal certificato di pagamento l'importo corrispondente all'inadempienza per il successivo versamento diretto agli enti previdenziali e assicurativi, compresa, nei lavori, la cassa edile. Sull'importo netto progressivo delle prestazioni è operata una ritenuta dello 0,50 per cento; le ritenute possono essere svincolate soltanto in sede di liquidazione finale, dopo l'approvazione da parte della stazione appaltante del certificato di collaudo o di verifica di conformità, previo rilascio del documento unico di regolarità contributiva». I primi contributi giurisprudenziali di riferimento hanno sostenuto che «In tema di giudizio di anomalia dell'offerta il rinvio operato dall'art. 97, comma 5, lett. a), d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 al precedente art. 30, comma 3, implica che, nell'esecuzione degli appalti pubblici, gli operatori economici sono tenuti a rispettare le norme poste a tutela dei diritti sociali, ambientali e del lavoro, essendo preciso obbligo della stazione appaltante chiedere i necessari giustificativi in sede di verifica sull'anomalia dell'offerta; ne consegue il vincolato esito della dovuta esclusione dell'offerta proposta in spregio degli obblighi retributivi minimi, e ciò anche indipendentemente dalla congruità dell'offerta valutata nel suo complesso, in ciò sostanziandosi il *novum* rispetto alla pregressa disciplina (T.A.R. Reggio Calabria, sent. 15/12/2016, n. 1315). Ad avviso del T.A.R. la conclusione, cui è pervenuto, trova conferma all'esito della lettura della stessa direttiva 24/2014 UE (art. 69); da un esame testuale e sistematico emerge invero che la *ratio* del nuovo Codice è chiaramente orientata per il rigoroso rispetto dei diritti mi-

Dal combinato disposto degli artt. 3 e 50 del codice appalti non si ricava una univoca formulazione delle clausole sociali ma le differenti declinazioni possibili devono adeguarsi al limite del rispetto degli *standard* protettivi, cioè delle tutele minime, e dei principi pubblicistici.

I maggiori contrasti giurisprudenziali sono sorti nei casi di predisposizione, da parte delle stazioni appaltanti, delle cd. "clausole di riassorbimento del personale" che operano nelle ipotesi di cessazione di un appalto e di subentro di altre imprese o società appaltatrici, per l'esigenza di assicurare la continuità del servizio e dell'occupazione nonostante la discontinuità dell'affidatario³⁷.

La formulazione più oscura di tali clausole qualifica l'assorbimento di personale quale "prioritario" ovvero "prioritariamente" obbligatorio.

Certo, la nuova normativa settoriale non ha mutato la natura delle clausole sociali le quali «sono di per sé considerate, sia dalle norme comunitarie sia dalla disciplina nazionale di recepimento (art. 69 del codice appalti abrogato e oggi art. 50 del nuovo codice dei contratti pubblici), quali condizioni di esecuzione che producono effetti essenzialmente nella fase esecutiva del rapporto. Le clausole sociali, cioè, non hanno una diretta incidenza sulla fase di gara, e non possono costituire barriere all'ingresso, condizionando l'ammissibilità dell'offerta. Infatti, la clausola so-

nimi laddove involgano i primari interessi ambientali, sociali e, come nel caso di specie, lavoristici.

³⁷ V. T.A.R. Abruzzo, Pescara, sez. I, sent. 2/1/2015, n. 6, per cui «La clausola sociale - anche nota come clausola di "protezione" o di "salvaguardia" sociale o "clausola sociale di assorbimento" - è un istituto previsto dalla contrattazione collettiva e da specifiche disposizioni legislative statali (art. 69, d.lgs. n. 163/2006, l'art. 63, comma 4, d.lgs. n. 112/1999, l'art. 29, comma 3, d.lgs. n. 276/2003), che opera nelle ipotesi di cessazione di un appalto e di subentro di altre imprese o società appaltatrici e risponde all'esigenza di assicurare la continuità del servizio e dell'occupazione, nel caso di discontinuità dell'affidatario».

ciale non impedisce la valutazione dei requisiti soggettivi dei concorrenti e non si inserisce in essa»³⁸.

Tuttavia, la previsione di una tale clausola sociale potrebbe scoraggiare la partecipazione alla gara e limitare la platea dei partecipanti, nonché ledere la libertà d'impresa, riconosciuta e garantita dall'art. 41 Cost., che sta a fondamento dell'autogoverno dei fattori di produzione.

Pertanto, l'incompatibilità col diritto comunitario e nazionale-costituzionale può essere scongiurata solo con una interpretazione conforme ai principi della libertà di iniziativa imprenditoriale e della concorrenza.

La clausola sociale, anche ove posta in termini di riassorbimento ovvero di prioritario assorbimento di tutto il personale già in servizio, deve necessariamente essere interpretata in modo da non limitare la libertà di iniziativa economica e, comunque, evitando di attribuirle un effetto automaticamente e rigidamente escludente.

Di conseguenza, l'inserimento nella *lex specialis* di tale clausola è legittimo solo se interpretato nel senso che l'appaltatore subentrante deve prioritariamente assumere gli stessi addetti che operavano alle dipendenze dell'appaltatore uscente, ma a condizione che il loro numero e la loro qualifica siano armonizzabili con l'organizzazione d'impresa prescelta dall'imprenditore subentrante.

Si ripropone lo stesso equilibrio privatistico tra tutela sociale e tutela economica.

La clausola sociale diventa flessicurezza.

Una clausola che tuteli solo la componente della sicurezza non garantisce la flessicurezza. La flessicurezza ricerca il perfetto equilibrio tra le esigenze economiche e organizzative del soggetto subentrante e la sicurezza occupazionale dei dipendenti in servizio e giustifica la prioritaria scelta degli stessi addetti operanti alle dipendenze

³⁸ T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, sent. 13/2/2017, n. 848.

dell'appaltatore uscente in caso di nuove assunzioni.

D'altronde, l'art. 30 del nuovo codice dei contratti pubblici conferma che «il principio di economicità può essere subordinato, nei limiti in cui è espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice, ai criteri, previsti nel bando, ispirati a esigenze sociali [...]».

Pertanto, la clausola di riassorbimento, ove richiamata dal bando, ha portata cogente, ma solo nel senso che l'offerente non può ridurre *ad libitum* il numero di unità da impiegare nell'appalto, senza che tale clausola comporti anche l'obbligo per l'impresa aggiudicataria di assumere a tempo indeterminato ed in forma automatica e generalizzata tutto il personale già utilizzato dalla precedente impresa affidataria del servizio³⁹.

È l'automatismo nell'assorbimento a contrastare con i principi comunitari e nazionali, poiché

esclude dalla valutazione le esigenze organizzative del soggetto subentrante⁴⁰.

La coerenza ordinamentale pretende che l'identità d'impresa, nelle sue peculiarità organizzative, sia sempre garantita.

⁴⁰ Il T.A.R. Toscana, sez. III, con la recente sent. 13/2/2017, n. 231, ha dichiarato illegittima la clausola sociale inserita nella *lex specialis* di gara perché tale da imporre in termini rigidi la conservazione del personale di cui al precedente appalto, dovendo invece essa essere formulata in termini di previsione della priorità del personale uscente nella riassunzione presso il nuovo gestore, in conformità alle esigenze occupazionali risultanti per la gestione del servizio, in modo da armonizzare l'obbligo di assunzione con l'organizzazione d'impresa prescelta dal gestore subentrante. Ha aggiunto che tale conclusione non cambia anche tenendo conto della direttiva 24/2014/UE. Il secondo Considerando della direttiva citata si limita a prevedere un utilizzo delle procedure di gara «per sostenere il conseguimento di obiettivi condivisi a valenza sociale», l'art. 18, comma 2, della medesima direttiva prevede l'obbligo degli Stati membri di garantire nell'esecuzione degli appalti il rispetto degli obblighi sociale e del lavoro e l'art. 70 stabilisce che nell'esecuzione dell'appalto possono trovare spazio considerazioni sociali o relative all'occupazione; si tratta di previsioni di sicura importanza e tali da trovare esplicazione anche nella "clausola sociale" ma da non giustificare una clausola sociale di tenore forte che impone l'obbligo rigido di riassunzione. Sempre ad avviso del T.A.R., l'art. 50, d.lgs. n. 50 del 2016 mira a «promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato», ma «nel rispetto dei principi dell'Unione Europea». Sull'automatismo *cfr.* AVCP PARERE 2013 (Oggetto: Istanza di parere, ai sensi dell'art. 69, comma 3, del D.Lgs. n. 163/2006, formulata da A. Multiservizi, società strumentale del Comune di A. - affidamento del servizio di manutenzione ordinaria di aree a verde della Città di A. - clausola sociale di prioritario assorbimento di personale precedentemente occupato presso la medesima società istante), in cui: «una clausola sociale che preveda l'impegno dell'aggiudicatario di assorbire il personale già alle dipendenze della stazione appaltante, solleva perplessità in quanto la stazione appaltante agisce nella doppia veste di "datore di lavoro" uscente e stazione appaltante dell'appaltatore subentrante. Il possibile effetto di automatismo nell'applicazione dell'assorbimento - 30 lavoratori per una durata quadrimestrale dell'appalto - potrebbe comportare una compressione della libertà organizzativa dell'impresa aggiudicataria, alla quale non sembrerebbe consentito un alternativo utilizzo di personale proprio».

³⁹ T.A.R. Abruzzo, Pescara, sez. I, sent. 21/3/2016, n. 98. In caso di trasferimento d'azienda, *cfr.* TA.R. Puglia, Lecce, sez. II, 1/12/2014, sent. n. 2986, per cui «Non vi è violazione dei principi del pubblico concorso e del buon andamento, ma mero rispetto delle garanzie dei diritti dei lavoratori previste dalla legge e dai contratti collettivi per le ipotesi di subentro nell'appalto e di trasferimento d'azienda, nella clausola sociale nota come clausola di "protezione" o di "salvaguardia" sociale" o "clausola sociale di assorbimento", trattandosi di istituto previsto dalla contrattazione collettiva e da specifiche disposizioni legislative statali, quali gli artt. 69, d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, 63 comma 4, d.lgs. 13 aprile 1999 n. 112 e 29, comma 3, d.lgs. 10 settembre 2003 n. 276, che opera nell'ipotesi di cessazione d'appalto e subentro di imprese o società appaltatrici e risponde all'esigenza di assicurare la continuità del servizio e dell'occupazione nel caso di discontinuità dell'affidatario; inoltre la conservazione dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda è prevista dalla direttiva 12 marzo 2001, 2001/23/CE e dall'art. 2112 c.c., la cui applicabilità, ricorrendo determinate condizioni, deve intendersi estesa anche al caso in cui il trasferimento derivi non da un contratto fra cedente e cessionario, ma da un atto autoritativo della p.a.».

L'identità continua voluta dalla norma privatistica, dunque, resta necessaria nella traslazione ma è velata di concorrenzialità.

Il Consiglio di Stato, infatti, ha sostenuto chiaramente che «Nelle gare pubbliche la c.d. clausola sociale va interpretata conformemente ai principi nazionali e comunitari in materia di libertà di iniziativa imprenditoriale garantita dall'art. 41, Cost. per cui, fermo l'obbligo di riassorbimento dei lavoratori alle proprie dipendenze, il nuovo gestore del servizio può collocarne alcuni in altri contratti da esso eseguiti (e anche ricorrere agli ammortizzatori sociali previsti dalla legge allorché in esubero), quando nell'organizzazione prefigurata per quello in contestazione gli stessi risultino superflui» e ancora che «secondo questo indirizzo, la clausola sociale funge da strumento per favorire la continuità e la stabilità occupazionale dei lavoratori, ma nel contempo non può essere tale da comprimere le esigenze organizzative dell'impresa subentrante che ritenga di potere ragionevolmente svolgere il servizio utilizzando una minore componente di lavoro rispetto al precedente gestore, e dunque ottenendo in questo modo economie di costi da valorizzare a fini competitivi nella procedura di affidamento; in definitiva la clausola sociale si colloca nella gara pubblica imponendo al gestore entrante di assorbire il personale di quello uscente, ma non già di destinarlo all'esecuzione di quel medesimo contratto»⁴¹.

L'ANAC, conformemente alla giurisprudenza, ha evidenziato come le legittime esigenze sociali debbano essere bilanciate da una adeguata tutela della libertà di concorrenza, anche nella forma della libertà imprenditoriale degli operatori economici potenziali aggiudicatari, i quali assumono un mero obbligo di prioritario assorbimento e utilizzo del personale già impiegato dal precedente affidatario per il periodo di durata

dell'appalto, subordinatamente alla compatibilità con l'organizzazione d'impresa dell'appaltatore subentrante⁴².

⁴² V. ANAC, PAR. NORM. - AG/58/15/AP del 22/7/2015, in cui si legge: «Secondo il consolidato orientamento di questa Autorità, il vincolo che la pubblica amministrazione può discrezionalmente imporre, nelle condizioni di esecuzione dei bandi pubblici, incontra un limite nella compatibilità con l'organizzazione dell'impresa subentrante (ex multis, Parere Avcp n. 44/2010, Parere Avcp AG 41/2012, Parere Avcp 28/2013). L'Autorità conformemente alla giurisprudenza, afferma infatti che le legittime esigenze sociali devono essere bilanciate da una adeguata tutela della libertà di concorrenza, anche nella forma della libertà imprenditoriale degli operatori economici potenziali aggiudicatari, i quali assumono un mero obbligo di prioritario assorbimento e utilizzo del personale già impiegato dal precedente affidatario per il periodo di durata dell'appalto, subordinatamente alla compatibilità con l'organizzazione d'impresa dell'appaltatore subentrante. Afferma chiaramente il Consiglio di Stato che la clausola sociale di imponibile di manodopera "deve essere interpretata conformemente ai principi nazionali e comunitari in materia di libertà di iniziativa imprenditoriale e di concorrenza, risultando, altrimenti, la clausola in questione senz'altro 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 della Costituzione, che sta a fondamento dell'autogoverno dei fattori di produzione e dell'autonomia di gestione propria dell'archetipo del contratto di appalto" (Cons. Stato Sez. VI, 27 novembre 2014, n. 5890. Inoltre, ex multis, T.A.R. Piemonte Torino Sez. I, 09 gennaio 2015, n. 23, T.A.R. Abruzzo Pescara Sez. I, 02 gennaio 2015, n. 6, T.A.R. Emilia-Romagna Bologna Sez. II, 09 novembre 2012, n. 672). Si ritiene, infatti, che la clausola sociale, anche al fine di garantire la sostenibilità dell'impresa sul mercato e dunque la ragione stessa della sussistenza della domanda di lavoro, non possa alterare o forzare la valutazione dell'aggiudicatario in ordine al dimensionamento dell'impresa e, in tal senso, non possa imporre un obbligo di assorbimento di personale, senza adeguata considerazione delle condizioni dell'appalto, del contesto sociale e di mercato o del contesto imprenditoriale in cui dette maestranze si inseriscono». Cfr. anche ANAC, DEL. 224/16 - PREC. 203/15/S: «La clausola sociale non può imporre all'impresa subentrante di prescegliere un determinato contratto collettivo, potendo questa scegliere diverso contratto collettivo, applicabile all'oggetto dell'appalto, che salvaguardi i livelli

⁴¹ Cons. St., sez. V, sent. 7/6/2016, n. 2433.

Quindi, è la formulazione della clausola sociale, così come effettuata dalla stazione appaltante, a dover risultare compatibile con la normativa⁴³ e le tutele minime.

3. La clausola sociale per i servizi di tesoreria.

Una speciale clausola sociale è normativamente prevista per l'affidamento del servizio di riscossione dei tributi e di tesoreria degli enti locali⁴⁴.

retributivi dei lavoratori riassorbiti in modo adeguato e congruo».

⁴³ V. ANAC, PAR. NORM. – AG/25/13 del 3/7/2013: «[...] ne deriva che la Stazione appaltante dovrà adottare una formulazione che consenta tanto di promuovere le legittime esigenze sociali, quanto di tutelare la libertà di concorrenza, anche nella forma della libertà imprenditoriale degli operatori economici potenziali aggiudicatari, i quali potranno bensì assumere l'obbligo di prioritario assorbimento e utilizzo del personale ex LSU per il periodo di durata dell'appalto, subordinatamente alla compatibilità con l'organizzazione d'impresa dell'appaltatore subentrante».

⁴⁴ La disciplina fondamentale del servizio di tesoreria locale è contenuta nel d.lgs. 267/2000 (T.U.E.L.). L'art. 208 del Testo Unico individua i «Soggetti abilitati a svolgere il servizio di tesoreria»: «Gli enti locali hanno un servizio di tesoreria che può essere affidato: a) per i comuni capoluoghi di provincia, le province, le città metropolitane, ad una banca autorizzata a svolgere l'attività di cui all'art. 10 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385; b) per i comuni non capoluoghi di provincia, le Comunità montane e le unioni di comuni, anche a società per azioni regolarmente costituite con capitale sociale interamente versato non inferiore a cinquecentomila euro, aventi per oggetto la gestione del servizio di tesoreria e la riscossione dei tributi degli enti locali e che alla data del 25 febbraio 1995 erano incaricate dello svolgimento del medesimo servizio a condizione che il capitale sociale risulti adeguato a quello minimo richiesto dalla normativa vigente per le banche di credito cooperativo; c) altri soggetti abilitati per legge». Il successivo art. 209 definisce l' "Oggetto" del servizio di tesoreria: «1. Il servizio di tesoreria consiste nel complesso di operazioni legate alla gestione finanziaria dell'ente locale e finalizzate in particolare alla riscossione delle entrate, al pagamento delle spese, alla custodia di titoli e valori ed agli adempimenti connessi previsti dalla legge, dallo statuto, dai regolamenti dell'ente o da norme pattizie. 2. Il tesoriere esegue le operazioni di cui al comma 1 nel rispetto della legge 29 ottobre 1984, n. 720 e successive modificazioni. 3. Ogni deposito, comunque costituito, è intestato

all'ente locale e viene gestito dal tesoriere. 3-bis. Il tesoriere tiene contabilmente distinti gli incassi di cui all'art. 180, comma 3, lettera d). I prelievi di tali risorse sono consentiti solo con i mandati di pagamento di cui all'art. 185, comma 2, lettera i). È consentito l'utilizzo di risorse vincolate secondo le modalità e nel rispetto dei limiti previsti dall'art. 195». V. Cons. St., sez. V, sent. 19/2/2007, n. 842: «In sede di gara pubblica la stazione appaltante può legittimamente richiedere alla società per azioni, quale requisito di partecipazione alla gara per l'affidamento del servizio di tesoreria comunale, il possesso di un capitale sociale superiore a quello previsto dall'art. 208, t.u. 18 agosto 2000 n. 267». Cfr. T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, sent. 2/2/2010, n. 1016: «Secondo la definizione ricavabile dall'art. 209 del d.lgs. 267/2000 (testo unico degli enti locali), il servizio di tesoreria consiste nel complesso di operazioni legate alla gestione finanziaria dell'ente locale e finalizzate alla riscossione delle entrate, al pagamento delle spese, alla custodia di titoli e valori ed agli adempimenti connessi previsti dalla legge, dallo Statuto, dai regolamenti dell'ente o da norme pattizie». Ancora, sulla natura del servizio di tesoreria, cfr. T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, sent. 11/3/2004, n. 2841: «Per poter definire un servizio come "servizio pubblico", con conseguente giurisdizione del giudice amministrativo è essenziale che esso sia diretto a soddisfare esigenze di una collettività di utenti; tale carattere non appartiene al servizio di tesoreria, ex art. 209 Tuel, che consiste nel complesso di operazioni legate alla gestione finanziaria dell'ente e finalizzate al pagamento delle spese, alla custodia dei valori e titoli; ed è destinato unicamente a favore dell'ente, sì da soddisfare le esigenze organizzative e gestionali di quest'ultimo, né la nozione di servizio pubblico può essere eccessivamente ampliata, sì da ricomprendervi tutte le attività strumentali all'erogazione del servizio pubblico e solo indirettamente finalizzate alla soddisfazione dell'interesse pubblico». L'art. 210 del T.U.E.L. è rubricato «Affidamento del servizio di tesoreria» e statuisce che «1. L'affidamento del servizio viene effettuato mediante le procedure ad evidenza pubblica stabilite nel regolamento di contabilità di ciascun ente, con modalità che rispettino i principi della concorrenza. Qualora ricorrano le condizioni di legge, l'ente può procedere, per non più di una volta, al rinnovo del contratto di tesoreria nei confronti del medesimo soggetto. 2. Il rapporto viene regolato in base ad una convenzione deliberata dall'organo consiliare dell'ente. 2-bis. La convenzione di cui al comma 2 può prevedere l'obbligo per il tesoriere di accettare, su apposita istanza del creditore, crediti pro soluto certificati dall'ente ai sensi del comma 3-bis dell'articolo 9 del decreto-legge 29 novembre 2008, n. 185, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 gennaio 2009, n. 2». Il servizio di tesoreria è, in via generale, un servizio gratuito ed è connotato da una globale

La norma di riferimento è contenuta nel d.lgs. 13 aprile 1999, n. 112 che ha dettato una organica disciplina, concernente il riordino del servizio nazionale della riscossione, in attuazione della delega prevista dalla l. 28 settembre 1998, n. 337. In tale ambito, riferito al sistema nazionale di riscossione, si inserisce l'articolo 63, rubricato «Misure di riqualificazione e sostegno dell'occupazione».

L'originaria lettera normativa basava su un *discrimen* territoriale formalizzato nei commi 4 e 6. Secondo il comma 4, «il personale che, alla scadenza o cessazione del rapporto di concessione, risulta iscritto da almeno due anni al relativo fondo di previdenza, ha diritto ad essere mantenuto in servizio dal subentrante concessionario senza soluzione di continuità».

La norma prevede l'obbligo di mantenimento in servizio del personale dipendente dal precedente concessionario, ma solo in relazione ai rapporti riguardanti la concessione della riscossione nazionale. Si tratta di una clausola sociale⁴⁵.

Con riguardo agli enti locali, il successivo comma 6 prevede una diversa disciplina: «nel caso in cui

vantaggiosità patrimoniale del servizio per l'aggiudicatario, che tuttavia non entra nella causa del contratto, restando confinata nei motivi individuali del negozio (Cons. St., sez. V, sent. 8/10/2011, n. 5497). Cfr. anche Cons. St., sez. V, 23/9/2002, n. 4843. Tuttavia, «la gratuità, o comunque l'esiguità del corrispettivo, non elimina la necessità di espletare una gara pubblica per selezionare il gestore, avuto riguardo all'interesse dell'amministrazione di affidare il servizio di tesoreria all'operatore considerato più capace di assolvere ai delicati compiti previsti sia per il profilo tecnico-operativo (possesso di adeguate strutture organizzative, di supporti informatici, etc.) sia per le condizioni economiche offerte» (T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, sent. 2/2/2010, n. 1016). Sul punto, in dottrina v. G. FERRARI, I CONTRATTI DI SPONSORIZZAZIONE E LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE, Giur. merito, 1, 2011, 6B, in cui l'Autore, focalizzando l'attenzione sulla gratuità del servizio di tesoreria, analizza l'eventualità dell'abbinamento a tale servizio di un contratto di sponsorizzazione.

⁴⁵ T.A.R. Abruzzo, Pescara, sez. I, sent. 2/1/2015, n. 6. Cfr. T.A.R. Puglia, Lecce, sez. II, sent. 1/12/2014, n. 2986.

alla scadenza delle concessioni della riscossione dei tributi e di altre entrate degli enti locali, il relativo servizio venga esercitato direttamente dall'ente locale o affidato ad altri soggetti, il nuovo concessionario del servizio di riscossione riconosce nell'assunzione di personale da adibire all'attività di riscossione, priorità ai dipendenti dei precedenti concessionari e, in particolare, agli ufficiali della riscossione abilitati dalle procure della Repubblica o dai prefetti e solo successivamente agli ufficiali della riscossione di cui al comma 1».

La norma locale è molto chiara nel legare la "priorità" all'"assunzione", e non al mero "assorbimento".

È comunque palese la differenza di disciplina tra i due commi; in caso di trasferimento del servizio, il dipendente del precedente concessionario ha diritto alla conservazione del posto di lavoro, se si tratta di riscossione nazionale ovvero ha diritto di prelazione, se si tratta della riscossione di tributi locali⁴⁶.

Successivamente, interviene la legge 28 dicembre 2001, n. 448, recante Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2002), il cui articolo 52, comma 61, stabilisce che «l'articolo 63, comma 4 del decreto legislativo 13 aprile 1999, n. 112, si applica anche in caso di trasferimento dei servizi di riscossione dei tributi e di tesoreria degli enti locali». La disposizione non ha valore interpretativo della norma contenuta nel decreto legislativo n. 112/1999 e, quindi, non è applicabile retroattivamente alle vicende precedenti la sua entrata in vigore. Semmai, la necessità di un'apposita regola estensiva evidenzia che essa, in precedenza, non era applicabile agli enti locali⁴⁷.

⁴⁶ Cons. St., sez. V, sent. 22/7/2002, n. 4011.

⁴⁷ *IBID.*: «La disposizione non ha valore interpretativo della norma contenuta nel decreto legislativo n. 112/1999 e, quindi, non è applicabile retroattivamente alle vicende precedenti la sua entrata in vigore. Semmai, la necessità di

Tuttavia, problemi di compatibilità si pongono per tutti gli affidamenti successivi alla riforma. I servizi degli enti locali, e solo essi, si trovano soggetti alla duplice disciplina dei due commi.

Poiché il *discrimen* territoriale nazionale-locale non sussiste più, perlomeno parzialmente, per gli enti locali si potrebbe ipotizzare una distinzione *ratione personae* per cui il personale che, alla scadenza o cessazione del rapporto di concessione, risulta iscritto da almeno due anni al relativo fondo di previdenza, ha diritto ad essere mantenuto in servizio dal subentrante concessionario senza soluzione di continuità, mentre il restante personale, con requisiti differenti, ha diritto alla prioritaria assunzione.

Certo, il comma 6, come formulato, sembra dettare il contenuto della clausola sociale *ex lege*, senza alcuna discrezionalità della stazione appaltante.

La disciplina legale comporterebbe un automatismo che l'istituto della clausola sociale invece esclude, onde evitare incompatibilità con principi comunitari e nazionali.

L'automatismo risulta nella pratica anche sufficientemente discriminatorio e anticoncorrenziale dal momento che è abbastanza facile che la maggioranza dei dipendenti abbia più di due anni di iscrizione al fondo di previdenza.

Di certo, tale meccanismo non può che disincentivare, tra gli affidatari⁴⁸, gli istituti bancari, i quali, per di più, sono sempre più restii all'affidamento del servizio di tesoreria comunale, oltre che per la generale crisi economico-finanziaria, anche per gli effetti negativi prodotti dall'ulteriore sospensione del regime di tesoreria unica mista prevista dalla Legge di stabilità 2015 (articolo 1, comma 395) che, ripristinando fino a tutto il 2017 il vecchio regime di tesoreria unica,

un'apposita regola estensiva evidenzia che essa, in precedenza, non era applicabile agli enti locali».

⁴⁸ V. *supra*, nota 43.

ha fortemente contribuito a rendere meno appetibile l'ipotesi di ingresso nella gestione del servizio⁴⁹.

In ogni caso, nonostante la probabile necessità di una revisione legislativa, il formale e apparente automatismo della norma può essere facilmente superato con applicazione, anche alle clausole sociali di tesoreria, dell'interpretazione adeguatrice della giurisprudenza amministrativa e civile nonché del fondante criterio dell'identità-continua.

⁴⁹ Il rilievo è di A. FERRI, Tesoreria comunale: difficoltà crescenti per l'affidamento del servizio, reperibile su www.quotidianoentilocali.ilsole24ore.com. Il ministero dell'Interno-Dipartimento per gli Affari Interni e Territoriali - con Comunicato del 18 gennaio 2016 pone l'attenzione sul problema e al fine di acquisire compiute informazioni circa l'attuale situazione degli affidamenti di tesoreria, da utilizzare per l'individuazione di misure in grado di agevolare lo svolgimento di tale essenziale servizio, ha predisposto uno specifico questionario, contenente alcune domande sulle convenzioni in essere alla data del 15 gennaio 2016, chiedendo ai Responsabili dei Servizi Finanziari dei Comuni di volerle procedere alla compilazione.