

NEWSLETTER

n. 01/2021



**Osservatorio
Regionale**

CONTRATTI PUBBLICI

Sezione Raccordo al sistema regionale

Dirigente: Nicola LOPANE

Bari, 30/03/2021

Autore: Avv. Valeria Citarella

Responsabile P.O. Affari Legali



Le procedure sotto-soglia comunitaria. Il punto su clausola sociale, subappalto e criterio della dislocazione territoriale delle imprese.

L'obbligo di inserimento della clausola sociale. Inquadramento normativo, ambito di applicazione e contenuto.

Con l'obiettivo di salvaguardare i livelli di occupazione, fortemente minati dalla situazione emergenziale in atto, la Legge n. 120/2020, di conversione del c.d. Decreto Semplificazione (D.L. n. 76/2020), ha modificato l'art. 8, co. 5, lett. oa-bis, del citato decreto, specificando che per gli appalti di cui all'art. 36 del D.Lgs. n. 50/2016 *"le stazioni appaltanti applicano le disposizioni di cui all'articolo 50"*, rendendo così obbligatoria l'applicazione delle clausole sociali anche per gli acquisti di importo inferiore alla soglia comunitaria, prima soltanto facoltativa.

Si tratta di una modifica che ha un evidente impatto sulla progettazione degli acquisti di importo inferiore alla soglia comunitaria: la clausola sociale, nelle ipotesi in cui ne sia prevista l'applicazione, deve essere inserita negli atti della procedura. Inoltre, in quanto collocata nel primo comma dell'art. 36, D.Lgs. n. 50/2016, la sua applicazione è da prevedersi sia che si tratti di un affidamento diretto puro di cui alla lett. a) del successivo co. 2 (allo stato, art. 1, co. 2, lett. a), L. 120/2020), sia ove ricorra una procedura negoziata, ai sensi della lett. b) del co. 2 (attualmente, art. 1, co. 2, lett. b), L. n. 120/2020).

Si fornisce di seguito un breve inquadramento normativo sul tema, al fine di rendere indicazioni precise ai R.U.P. impegnati nella progettazione degli acquisti di importo inferiore alla soglia comunitaria.

La clausola sociale, la cui *ratio* è rinvenibile nell'esigenza di tutelare la stabilità occupazionale del personale utilizzato dall'impresa uscente nell'esecuzione del contratto, ha quale finalità ultima quella di contrastare dinamiche di concorrenza al ribasso del costo del lavoro.

In termini generali, l'articolo 3, co. 1, lett. qqq), D.Lgs. n. 50/2016, identifica le clausole sociali con quelle *"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"*.

In particolare, l'art. 50, D.Lgs. n. 50/2016, prevede che per gli affidamenti di appalti o concessioni, di lavori o servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale, con specifico riguardo ai settori ad alta intensità di manodopera (ovvero quelli in cui il costo della manodopera è pari almeno al 50% dell'importo totale del contratto), i bandi, gli avvisi o gli inviti, compatibilmente con il diritto UE, devono prevedere specifiche clausole sociali volte a "promuovere" la stabilità occupazionale e la salvaguardia delle professionalità del personale impiegato per ciascuna attività.

Ne deriva che negli atti di gara connessi agli affidamenti di beni e servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale e che siano caratterizzati da alta intensità di manodopera, le stazioni appaltanti sono tenute a prevedere specifiche clausole sociali finalizzate a favorire il riassorbimento del personale del pregresso affidatario, oltre che a individuare il CCNL applicabile e più pertinente all'oggetto prevalente dell'affidamento, che l'operatore economico subentrante sarà tenuto ad applicare.

Come suggerisce la lettera della legge, il riassorbimento del personale impiegato non costituisce un obbligo in termini assoluti e, difatti, con riferimento alla giurisprudenza, l'orientamento assolutamente prevalente conferma che l'applicabilità in concreto della clausola sociale vada rapportata allo specifico contratto aggiudicato e all'assetto organizzativo e imprenditoriale dell'impresa subentrante. In altre parole, una clausola sociale è costituzionalmente e comunitariamente legittima solo se non comporta un indiscriminato e generalizzato dovere di assorbimento di tutto il personale utilizzato dall'impresa uscente, mentre è da ritenersi illegittima ove imponga indistintamente l'assunzione di tutti i dipendenti del precedente esecutore (l'operatore, ad esempio, può legittimamente ritenere e dimostrare di poter eseguire la medesima prestazione con minor personale, ottenendo così economie di costi).

E in questo senso si esprimono anche le [Linee Guida n. 13 di ANAC](#) (Autorità) recanti la disciplina delle clausole sociali, alle quali si rinvia per un approfondimento. In particolare, l'Autorità precisa in questa sede che la clausola sociale di riassorbimento *"deve essere interpretata conformemente ai principi nazionali e comunitari in materia di libertà di iniziativa imprenditoriale e di concorrenza, risultando altrimenti essa lesiva della concorrenza, scoraggiando la partecipazione alla gara e limitando ulteriormente la platea dei partecipanti, nonché atta a ledere la libertà d'impresa, riconosciuta e garantita dall'art. 41 Cost., che sta a fondamento dell'autogoverno dei fattori di produzione e dell'autonomia di gestione propria dell'archetipo del contratto di appalto; in sostanza, tale clausola deve essere interpretata in modo da non limitare la libertà di iniziativa economica e, comunque, evitando di attribuirle un effetto automaticamente e rigidamente escludente. Conseguentemente 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; [...] la clausola non comporta invece alcun obbligo 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".

Sulla scorta di tale premessa, atta a circoscrivere il campo di applicazione dell'istituto, l'Autorità chiarisce che la clausola sociale è applicata alle attività di cui all'art. 50, D.Lgs. n. 50/2016 e limitatamente a queste, ove l'oggetto del contratto permetta di scindere le attività assoggettate all'obbligo di previsione della clausola sociale da quelle non soggette a tale obbligo, restando comunque ferma la facoltà per la stazione appaltante di estenderne l'applicazione anche alle attività non assoggettate all'obbligo.

La valutazione sull'adempimento della clausola sociale è preventiva (sul c.d. progetto di assorbimento), in quanto condizione di affidamento del contratto, ma è anche soggetta a controllo in sede di esecuzione. A questo scopo, le stazioni appaltanti sono tenute innanzitutto a indicare gli elementi rilevanti per la formulazione dell'offerta e, su richiesta, a fornirne ulteriori. Il progetto di assorbimento permette agli operatori economici di illustrare le concrete modalità di applicazione della clausola, con particolare riferimento al numero dei lavoratori che beneficeranno della stessa e alla relativa proposta contrattuale (inquadramento e trattamento economico). Tanto, *"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 nuovo assunto".*

Con riferimento alla fase di esecuzione, come accennato, una volta che la clausola sociale sia stata inserita all'interno della *lex specialis* di gara, l'operatore economico è tenuto ad accettarla espressamente e gli obblighi così assunti devono essere riportati nel contratto, nel quale devono essere formulate clausole risolutive espresse e inserite penali per il caso dell'inadempimento, commisurate alla gravità della violazione. Le conseguenze del mancato rispetto della clausola sociale possono consistere anche nell'attivazione del rimedio di cui all'art. 108, co. 3, D.Lgs. n. 50/2016 (risoluzione del contratto).

Ambito oggettivo di applicazione: affidamento di beni e servizi di natura non intellettuale, già affidate ad un operatore economico, ove il costo della manodopera (da individuarsi sulla base di tabelle emanate dal Ministero del lavoro e delle Politiche Sociali) è pari almeno al 50% dell'importo del contratto. Nel caso in cui le attività oggetto del contratto siano tra di loro scindibili, l'obbligo sussiste limitatamente alle attività di cui all'art. 50 del D.lgs. 50/2016, mentre l'applicazione della clausola sociale anche alle attività non assoggettate all'obbligo resta nella facoltà della stazione appaltante.

Oggetto dell'obbligo: in queste ipotesi, nella determina di indizione della procedura (o nella determina semplificata di cui all'art. 32, co. 2, D.Lgs. n. 50/2016 e art. 1, co. 3, L. n. 120/2020) la stazione appaltante deve precisare la necessità di applicare la clausola sociale di cui all'art. 50, D.lgs. n. 50/2016, al fine di garantire i livelli occupazionali esistenti, eventualmente esplicitando che tanto avvenga *“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 nuovo assunto”*; la stazione appaltante deve altresì indicare il CCNL di riferimento, che l'operatore economico sarà tenuto ad applicare.

La stazione appaltante, quindi, deve valutare il c.d. progetto di assorbimento predisposto dall'operatore economico che si candida ad eseguire la prestazione, per stabilire se lo stesso sia o no compatibile con l'obiettivo del mantenimento dei livelli occupazionali esistenti imposto dalla clausola sociale, sulla scorta delle indicazioni fornite dalle Linee Guida n. 13 di ANAC.

Inoltre, gli obblighi assunti dall'operatore economico affidatario devono essere riportati nel contratto che, si ricorda, in caso di procedura negoziata e per gli affidamenti di importo inferiore a 40.000,00 €, deve avvenire mediante corrispondenza secondo l'uso del commercio, ai sensi dell'art. 32, co. 14, D.lgs. n. 50/2016. In particolare, devono essere previste clausole risolutive espresse e penali per l'inadempimento, da commisurare alla gravità della violazione. Per l'ipotesi di inadempimento, inoltre, può essere prevista la risoluzione del contratto, ai sensi dell'art. 108, co. 3, D.lgs. n. 50/2016.

Il limite al subappalto di cui all'art. 105, co. 2, D.Lgs. n. 50/2016, nelle procedure sotto-soglia comunitaria.

Il tema degli effetti della sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea, sezione V, C. 63/18, 26 settembre 2019, che ha sancito l'incompatibilità con il diritto comunitario del limite generale al subappalto stabilito dall'art. 105, comma 2, D.Lgs. n. 50/2016, era stato già affrontato con la nostra Newsletter (NL) n. 1 del 3 dicembre 2019, recante "*Indicazioni operative per lo svolgimento delle procedure di affidamento diretto dei servizi e delle forniture ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. a) e lett. b), D.Lgs. n. 50/2016*", al fine di fornire ai R.U.P un primo orientamento sul tema.

Come già accennato in quella sede, la pronuncia non esclude aprioristicamente la compatibilità con il diritto comunitario di una previsione che ponga un limite al subappalto, ma - da una parte - stigmatizza la presunzione di inammissibilità assoluta per il caso di superamento di una determinata soglia di incidenza e, dall'altra, stabilisce la necessità che l'aggiudicatario svolga una parte "*rilevante*" del contratto; la Corte, pertanto, si è dimostrata favorevole a un'analisi da svolgersi caso per caso, mediante la quale l'Amministrazione valuti in concreto la sostenibilità, l'opportunità e l'adeguatezza del subappalto prefigurato dall'offerente.

Nella NL richiamata si era concluso nel senso che il tema della disapplicazione della disposizione nell'ambito delle procedure sotto-soglia si ponesse per l'Amministrazione solo nei confronti dei contratti sotto-soglia comunitaria aventi un interesse transfrontaliero certo in quanto, in questa ipotesi, la scarsa rilevanza economica dell'appalto non esclude l'applicabilità e la cogenza delle direttive del 2014 in materia di contratti pubblici (presupposto e fondamento della pronuncia della Corte di Giustizia). Per tutti gli altri casi, si suggeriva di continuare a fare riferimento alla disposizione di cui all'art. 105, comma 1, D.Lgs. n. 50/2016, considerando ferma e fissata normativamente la soglia del 40%.

A distanza di oltre un anno, il Legislatore non è ancora intervenuto sul punto, ma la giurisprudenza che si è formata in materia sembra confermare le indicazioni già fornite: con particolare riferimento ad appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria - poiché le norme di cui alla direttiva 2014/24, rispetto alle quali la Corte UE ha affermato il contrasto dell'art. 105 D.Lgs. n. 50/2016 - trovano applicazione esclusivamente agli appalti che abbiano un importo, al netto dell'imposta sul valore aggiunto (IVA), pari o superiore alle soglie individuate - si può, con "*moderata tranquillità*", continuare

a fare riferimento al limite di legge, senza necessità di dover fornire alcuna giustificazione dell'applicazione di detto limite (TAR Lazio - Roma sez. III ter, 8 febbraio 2021 n. 1575).

Con una pronuncia precedente, il TAR Lazio si è spinto fino a considerare il 40% quale "*soglia massima*" del subappalto, derogabile dalle stazioni appaltanti attraverso la fissazione di percentuali inferiori, purché accompagnate da una giustificazione (TAR Lazio - Roma sez. III quater 15 dicembre 2020 n. 13527).

Non risulta affrontato allo stato il tema degli appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria caratterizzati dalla presenza di un interesse transfrontaliero certo. Tuttavia, da quanto emerge dalla giurisprudenza, la Stazione appaltante può fare riferimento al disposto di cui all'art. 105, co. 2, D.Lgs. n. 50/2016, considerando applicabile la soglia del 40% ivi stabilita, eventualmente richiedendo all'operatore economico che intenda avvalersi del subappalto in misura superiore un adeguato supporto motivazionale a fondamento della richiesta, al fine di poter operare una valutazione in ordine alla sua ammissibilità in concreto.

Per le procedure di importo inferiore alla soglia comunitaria, la disposizione di cui all'art. 105, co. 2, D.Lgs. n. 50/2016 non deve essere disapplicata, con la conseguenza che l'eventuale subappalto non può superare la quota del 40% (valida fino al 30 giugno 2021, ai sensi dell'art. 1, co. 18, secondo periodo, L. n. 55/2019 e dell'art. 13, co. 2, lett. c), L. n. 21/2021) dell'importo complessivo del contratto.

In presenza di un interesse transfrontaliero, è opportuno invece non escludere a priori quote superiori al 40%, richiedendo all'operatore economico che intenda avvalersene un adeguato supporto motivazionale a fondamento della richiesta, al fine di poter operare una valutazione in ordine alla sua ammissibilità in concreto.

Il criterio della dislocazione territoriale delle imprese nelle procedure negoziate di cui all'art. 1, co. 2, lett. b), L. n. 120/2020. Indicazioni per la sua applicazione.

Per le procedure negoziate di cui all'art. 1, co. 2, lett. b), il c.d. Decreto Semplificazioni come convertito nella L. n. 1020/2020, affianca al criterio di rotazione degli inviti quello della *"diversa dislocazione territoriale delle imprese invitate"*. Mentre il principio di rotazione trova un supporto applicativo nelle [Linee Guida n. 4 di ANAC](#), di attuazione del Decreto Legislativo 18 aprile 2016, n. 50, recanti *"Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici"* e nella corposa giurisprudenza che si è formata sul tema (i cui approdi sono stati sintetizzati nella NL n. 1/2019 già richiamata e alla quale si può tuttora rinviare, in assenza di stravolgimenti pretori), quello della dislocazione territoriale delle imprese è un criterio di nuova introduzione, che i R.U.P. sono chiamati ad applicare a tutti gli acquisti sotto-soglia comunitaria che non rientrano nella lett. a) della stessa disposizione, limitatamente ai casi in cui si stabilisca di operare una riduzione del numero dei concorrenti da invitare rispetto alle manifestazioni di interesse pervenute oppure si faccia riferimento agli elenchi di operatori economici precostituiti.

In assenza di pronunce giurisprudenziali sul tema, si forniscono ai R.U.P. indicazioni pratiche finalizzate all'applicazione del criterio.

A dispetto di una interpretazione rigidamente letterale, che suggerirebbe l'obiettivo di evitare che siano invitate soltanto imprese "locali", a partire dalla *ratio* della normativa derogatoria che, in via transitoria, *"giustifica il significativo ampliamento dei margini di semplificazione delle procedure di affidamento dei contratti sotto-soglia, al fine di velocizzare gli investimenti e contrastare le ricadute negative sull'economia e sui livelli occupazionali determinate dall'emergenza sanitaria da Covid-19 tuttora in atto"*, il documento recante *"DL Semplificazioni: indicazioni operative per l'applicazione delle norme in materia di contratti pubblici"*, approvato il 17 dicembre 2020 dalla Conferenza delle Regioni e delle Province Autonome (http://www.itaca.org/news_dettaglio.asp?ID=555) conclude nel senso di *"ritenere che la disposizione consenta di favorire le imprese localizzate sul territorio nel quale eseguire l'appalto, evitando al contempo la concentrazione territoriale degli inviti ed affidamenti che potrebbero determinare una chiusura del mercato in contrasto con i principi comunitari di parità di trattamento e di non discriminazione richiamati dallo stesso disposto di cui all'art. 1 del D.L. 76/2020"*.

In mancanza di indicazioni sul punto, lo stesso documento suggerisce di concentrare l'ambito territoriale *"in maniera proporzionale al valore dell'appalto tenuto conto del luogo di esecuzione del*

contratto". Il documento si spinge invero fino a delimitare il campo di applicazione del criterio ai soli lavori, servizi di manutenzione e altri servizi in cui assumono rilevanza i costi organizzativi legati allo spostamento, rispetto ai quali la distanza dal luogo di esecuzione inciderebbe sulle spese generali in modo significativo. Tuttavia, benché l'applicazione del criterio sia effettivamente rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante, si suggerisce di evitare una interpretazione tanto restrittiva, in considerazione della portata generale che, invece, viene attribuita allo stesso dalla norma che lo introduce. Si rileva, pertanto, l'opportunità di individuare gli operatori economici da invitare alla procedura (ove, si ribadisce, si intenda operare una limitazione) garantendo che gli stessi non siano concentrati in una zona ristretta e predeterminata, con la possibilità di restringere l'area degli operatori da invitare in maniera proporzionale al valore dell'affidamento: quanto più ridotto è l'importo delle prestazioni da affidare, tanto minore potrà essere l'area geografica cui fare riferimento. Al contrario, un importo considerevole dell'affidamento (seppure sotto-soglia), rende ragionevole un ampliamento del territorio di riferimento. In entrambi i casi, la relativa motivazione deve essere puntualmente riportata nei provvedimenti.

Il criterio della dislocazione territoriale degli operatori economici invitati (come il criterio di rotazione) trova applicazione:

- nelle procedure avviate con indagine di mercato tramite avviso di manifestazione di interesse, quando la Stazione appaltante intenda limitare il numero di operatori economici da invitare alla procedura (pertanto, ove la stazione appaltante, a seguito di un'indagine di mercato, intenda invitare tutti gli operatori economici che hanno manifestato interesse a partecipare alla procedura il criterio non trova applicazione);

- nelle procedure che si effettuano attraverso gli elenchi di operatori economici esistenti, anche ove non sia prevista una limitazione al numero di operatori economici da invitare (si intenda, cioè, invitare tutti gli operatori iscritti nell'elenco).

Il bacino di utenza territoriale delle imprese da invitare deve essere considerato come direttamente proporzionale al valore delle prestazioni oggetto dell'affidamento: potrà essere tanto più ridotto quanto minore sarà l'importo del contratto da affidare e, al contrario, tanto più ampio quanto più rilevante sarà l'importo del contratto.

Newsletter n. 01/2021

La presente newsletter, ad uso interno, si inserisce in un percorso finalizzato alla formazione e aggiornamento dei R.U.P. della Regione Puglia operanti nell'ambito dei contratti pubblici.

Il contenuto della newsletter è tutelato dalla Legge 22 aprile 1941. n.633, per cui non è pubblicabile, neanche parzialmente, da terzi se l'autore non lo consente esplicitamente previa richiesta formale.

In ogni caso il riassunto, la citazione o la riproduzione del contenuto della presente newsletter debbono essere sempre accompagnati dalla menzione del numero della newsletter, del titolo dell'opera, del nome dell'autore e della struttura regionale in cui è incardinato.



REGIONE PUGLIA

Sezione Raccordo al sistema regionale

Via G. Gentile n. 52, Bari