

La clausola sociale: interpretazione e portata dell'istituto nel quadro nazionale ed eurounitario

di Rocco Felato

Data di pubblicazione: 4-12-2024

In tema di *clausola sociale*, il Consiglio di Stato, analizza il contenuto dell'art. 32 la L. provinciale Trento n. 2/2016 (*recepimento delle direttive europee in materia di contratti pubblici*) secondo cui l'appaltatore, al momento del subentro, è tenuto a garantire la continuità dei rapporti di lavoro in essere, ferma restando la facoltà di armonizzare solo successivamente l'organizzazione del lavoro, previo confronto sindacale.

La conseguente ed omologa *prescrizione di gara*, contestata in via incidentale dalle parti ove interpretata nel senso di configurare una *clausola sociale rigida*, viene ritenuta dal Collegio, comunque, in linea con il noto e consolidato orientamento giurisprudenziale che, in conformità ai principi nazionali e eurounitari in materia di libera iniziativa imprenditoriale e di concorrenza, prescrive un'applicazione elastica dell'istituto, ovvero un'interpretazione orientata a contemperare l'obbligo di mantenimento dei livelli occupazionali del precedente appalto con la libertà d'impresa e con la facoltà in essa insita di organizzare il servizio in modo efficiente e coerente con la propria organizzazione produttiva.

In particolare, rileva il Collegio, se è vero che la detta previsione impone un obbligo assunzionale del personale utilizzato dal gestore uscente, tale rigidità risulta stemperata dalla successiva facoltà del subentrante di armonizzare l'organizzazione del lavoro, previo confronto sindacale (comma 4 dell'art. 32 della l.p. n. 22016 cit.).

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3191 del 2024, proposto da Pulinet Servizi s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG 91806564FF, rappresentato e difeso dall'avvocato Piero Costantini, con

domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Trentino Trasporti s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Dario Capotorto, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Euro & Promos Fm s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Claudio Guccione e Adriano Cavina, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Claudio Guccione in Roma, via Sardegna 50;

per la riforma

della sentenza breve del T.R.G.A. - DELLA PROVINCIA DI TRENTO n. 43/2024, resa tra le parti,

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Trentino Trasporti s.p.a. e Euro & Promos Fm s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 ottobre 2024 il Cons. Sara Raffaella Molinaro e uditi per le parti gli avvocati Piero Costantini, Dario Capotorto e Claudio Guccione.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La controversia riguarda la gara aperta, avviata con bando pubblicato in data 29 aprile 2022 da Trentino Trasporti s.p.a. (di seguito: "Trentino Trasporti"), per l'aggiudicazione, sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, del servizio di pulizia e disinfezione dei propri immobili, della durata di tre anni con opzione di rinnovo per ulteriori tre, di importo a base d'asta pari ad euro 3.992.400,00 (CIG 91806564FF).
2. Al termine dell'attività di valutazione delle offerte tecniche ed economiche, l'impresa Euro & Promos s.p.a. (di seguito: "Euro Promos"), è risultata prima in graduatoria.
3. Pulinet Servizi s.r.l. (di seguito: "Pulinet"), collocata al secondo posto, ha impugnato:

- la delibera di Trentino Trasporti 30 ottobre 2023, con la quale è stata disposta l'aggiudicazione, in favore di Euro Promos della procedura;
- per quanto occorre, la nota 2 novembre 2023 n. 15295, con la quale è stata data comunicazione dell'esito della procedura;
- *in parte qua*, e nei limiti dell'interesse processuale, tutti i verbali di gara, nessuno escluso, ed in particolare di quelli relativi alle sedute del seggio di gara 9 giugno 2022, primo luglio 2022, 7 agosto 2023 e 20 ottobre 2023 ed alle sedute della commissione tecnica 14 marzo 2023, 21 marzo 2023, 28 marzo 2023, 5 aprile 2023, 11 aprile 2023, 18 aprile 2023, 3 maggio 2023, 8 maggio 2023, 26 maggio 2023, 13 giugno 2023, 7 luglio 2023, 11 luglio 2023, 18 luglio 2023 e 28 luglio 2023;
- ove esistente, il verbale, relazione o altro atto recante le valutazioni in ordine alle giustificazioni dell'offerta presentate da Euro Promos nonché, per quanto occorre, delle note di Trentino Trasporti 9 agosto 2023 n. 10945 e 29 settembre 2023 n. 13462 recanti richieste di giustificazioni dell'offerta;
- per quanto occorre, la nota di Trentino Trasporti prot. n. 16967 dd. 01.12.2023 di parziale accoglimento dell'istanza di accesso agli atti;
- per quanto occorre, *in parte qua* e nei limiti dell'interesse processuale della ricorrente, tutti gli atti integranti la *lex specialis* di gara nonché dei chiarimenti resi dalla stazione appaltante in risposta a quesiti;
- ogni altro provvedimento presupposto, successivo e comunque connesso e/o conseguente.

Con il medesimo ricorso è stata chiesta la declaratoria di inefficacia del contratto d'appalto eventualmente stipulato, con espressa domanda di subentrare nello stesso, la condanna di Trentino Trasporti S.p.A. alla tutela dei danni in forma specifica mediante l'annullamento dei provvedimenti impugnati, nonché l'accertamento ex art. 116 c.p.a. del diritto di accesso integrale all'offerta dell'aggiudicataria, alle giustificazioni dell'offerta dalla stessa presentata, nonché a tutti i verbali.

4. Con motivi aggiunti Pulinet ha chiesto l'annullamento de:

- la delibera del Consiglio di Amministrazione di Trentino Trasporti 30 ottobre 2023, con la quale è stata disposta l'aggiudicazione in favore di Euro Promos;
- per quanto occorre, la nota 2 novembre 2023 n. 15295 con la quale è stata data comunicazione dell'esito della procedura;
- *in parte qua*, e nei limiti dell'interesse processuale della ricorrente, tutti i verbali di gara, nessuno escluso, ed in particolare di quelli relativi alle sedute del seggio di gara 9 giugno 2022, primo luglio 2022, 7 agosto 2023 e 20 ottobre 2023 ed alle sedute della commissione tecnica 14 marzo 2023, 21 marzo 2023, 28 marzo 2023, 5 aprile 2023, 11 aprile 2023, 18

aprile 2023, 3 maggio 2023, 8 maggio 2023, 26 maggio 2023, 13 giugno 2023, 7 luglio 2023, 11 luglio 2023, 18 luglio 2023 e 28 luglio 2023;

- il verbale del rup 11 ottobre 2023 recante le valutazioni conclusive in ordine alla congruità dell'offerta di Euro&Promos, nonché, per quanto occorresse, delle note di Trentino Trasporti 9 agosto 2023 n. 10945 e 29 settembre 2023 n. 13462 recanti richieste di giustificazioni dell'offerta, e 15 settembre 2023 n. 12700 recante convocazione all'audizione orale;

- per quanto occorre, la nota di Trentino Trasporti primo dicembre 2023 n. 16967, di parziale accoglimento dell'istanza di accesso agli atti;

- per quanto occorre, *in parte qua* e nei limiti dell'interesse processuale della ricorrente, di tutti gli atti integranti la *lex specialis* di gara nonché dei chiarimenti resi dalla stazione appaltante in risposta a quesiti;

- di ogni altro provvedimento presupposto, successivo e comunque connesso e/o conseguente.

Con i motivi aggiunti è stata altresì chiesta la declaratoria di inefficacia del contratto d'appalto eventualmente stipulato, con espressa domanda di subentrare nello stesso e la condanna di Trentino Trasporti S.p.A. alla tutela in forma specifica mediante l'annullamento dei provvedimenti impugnati.

5. Con memoria notificata il 20 febbraio 2024 Euro Promos ha dedotto l'illegittimità e impugnato in via incidentale e subordinata l'articolo 23 del capitolato, gli articoli 15.3.1 del disciplinare costituenti, nonché dell'articolo 32 della l.p. n. 2 del 2016 ove interpretate nel senso di configurare una clausola sociale rigida, con richiesta, in questa prospettiva, della relativa disapplicazione/annullamento.

5. Il Tar della Provincia di Trento, con sentenza 18 marzo 2024 n. 43, ha dichiarato il "*ricorso principale in epigrafe indicato, integrato dai motivi aggiunti, [...] in parte inammissibile*" e per il resto lo ha respinto. Ha altresì dichiarato improcedibile il ricorso incidentale.

6. Pulinet ha appellato la sentenza con ricorso n. 3191 del 2024.

7. Euro Promos ha proposto appello incidentale della sentenza del Tar, "*nella parte in cui: (a) è stata respinta l'eccezione di inammissibilità del ricorso, per come integrato dai motivi aggiunti, proposto in primo grado da Pulinet Servizi S.r.l. e rubricato sub R.G. n. 176/2023 e, (b) non è stata esaminata la domanda incidentale formulata in via subordinata dalla Euro&Promos FM S.p.A. con memoria notificata e depositata il 20 febbraio 2024*".

8. Nel corso del giudizio di appello si è costituita Trentino Trasporti.

9. All'udienza del 10 ottobre 2024 la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

10. L'appello di Pulinet è infondato.

L'appello incidentale di Euro Promos è improcedibile

11. L'esito del giudizio esime il Collegio dal valutare le eccezioni di inammissibilità proposte dalla controinteressata e dall'Amministrazione resistente.

12. Prima di esaminare il ricorso in appello nel merito, è utile esaminare la clausola sociale, in modo da interpretarne la portata, in quanto risulta alla base delle argomentazioni dell'appellante, e svolge alcune considerazioni in merito alla verifica di anomalia, nell'ambito della quale si collocano i profili procedurali interessati dalle doglianze dedotte.

12.1. In base all'art. 15.3.1 del disciplinare l'offerente *“accetta le clausole sociali di cui agli artt. 23 e 24 del capitolato amministrativo (rif. art. 32 co. 4 e seguenti della L.P. 2/2016) e assume l'impegno”,* alternativamente, *“ad assumere l'intero personale già impiegato nell'esecuzione del servizio, così come indicato nella tabella A) allegata al capitolato speciale di appalto, oppure, in alternativa”* (lett. a), oppure *“ad assumere parzialmente il medesimo personale in ragione delle innovazioni tecnologiche che intende utilizzare nell'esecuzione del contratto oppure della disponibilità di proprio personale dipendente che potrà essere destinato all'esecuzione dell'appalto senza essere distolto da altre attività, impegnandosi altresì a fornire le relative giustificazioni in sede di verifica della congruità dell'offerta su richiesta del responsabile del procedimento”* (lett.b).

Euro Promos si è impegnata nella dichiarazione allegata all'offerta, in relazione alla richiamata clausola sociale, si impegnava, in caso di aggiudicazione, *“ad assumere l'intero personale già impiegato nell'esecuzione del servizio, così come indicato nella tabella A) allegata al capitolato speciale d'appalto”*, secondo quanto previsto dalla richiamata lett. a dell'art. 15.3.1 del disciplinare.

Pertanto, nel caso di specie, viene in evidenza la disposizione contenuta nella lett. a dell'art. 15.3.1 del disciplinare.

L'art. 23 del capitolato amministrativo, richiamato dall'art. 15.3.1 del disciplinare, stabilisce, in attuazione del comma 4 sexies dell'art. 32 della l.p. n. 2 del 2016, che, *“ai sensi dell'art. 32, comma 4, della L.p. 2/2016, l'appaltatore è tenuto a garantire la continuità dei rapporti di lavoro, in essere al momento del subentro, del personale già impiegato nei servizi oggetto di gara, ferma restando la facoltà di armonizzare successivamente l'organizzazione del lavoro, previo confronto sindacale. In questo caso l'assunzione è effettuata garantendo a ciascun dipendente le condizioni economiche, come definite dalla contrattazione nazionale collettiva di lavoro e dalla contrattazione integrativa - con riguardo alla retribuzione complessiva -, nonché dal contratto individuale di lavoro - con riguardo all'anzianità e al monte ore di lavoro, esistenti alla data del 15.04.2022”* (comma 1).

Nel successivo comma è specificato che *“le assunzioni sono effettuate in misura inferiore rispetto al numero di dipendenti come sopra individuato nel caso in cui detta riduzione sia giustificata, in sede di verifica di congruità dell'offerta, con riguardo ad innovazioni*

tecnologiche oppure alla disponibilità di personale dipendente dell'offerente che potrebbe essere destinato all'esecuzione dell'appalto senza essere distolto da altre attività dell'operatore economico, in relazione a quanto indicato in offerta" (comma 2).

Posto che Euro Promos si è impegnata ad assumere tutto il personale già impiegato nell'esecuzione del servizio da parte del gestore uscente, nel caso di specie viene in evidenza la disposizione contenuta nel comma 1 dell'art. 23 del capitolato amministrativo in quanto è detta disposizione che disciplina l'impegno al riassorbimento del personale impiegato dal gestore uscente.

Ai sensi dell'art. 32 della l.p. n. 2 del 2026, anch'esso richiamato dall'art. 15.3.1 del disciplinare, dispone che, in caso di cambio di gestione nell'appalto di servizi, *"la stazione appaltante prevede negli atti di gara l'obbligo per l'aggiudicatario di effettuare un esame congiunto con le organizzazioni sindacali [...] per permettere di attuare un percorso finalizzato alla promozione della stabilità occupazionale e del livello retributivo complessivo del personale impiegato nella gestione uscente"* (comma 2). In alternativa *"le amministrazioni aggiudicatrici possono prevedere negli atti di gara che i soggetti aggiudicatari siano tenuti a garantire la continuità dei rapporti di lavoro, in essere al momento del subentro, del personale già impiegato nei servizi oggetto di gara, ferma restando la facoltà di armonizzare successivamente l'organizzazione del lavoro, previo confronto sindacale, con le esigenze organizzative del nuovo aggiudicatario"* (comma 4).

Nel caso di specie la legge di gara non contiene una previsione di esame congiunto con le organizzazioni sindacali al fine di promuovere la stabilità occupazionale ma un obbligo assunzionale del personale utilizzato dal gestore uscente (declinato nei termini già sopra esposti), con la conseguenza che viene in evidenza la disposizione contenuta nel comma 4 dell'art. 32 della l.p. n. 2 del 2026.

Detta disposizione è accompagnata da altre previsioni, alcune delle quali relative al comma 4.

In particolare viene in evidenza, in quanto richiamato dall'appellante, il comma 4 *quater* dell'art. 32 della l.p. n. 2 del 2026, che dispone come, *"nei casi previsti dal comma 4, le assunzioni sono effettuate in misura inferiore rispetto al numero di dipendenti individuato negli atti di gara nel caso in cui detta riduzione sia giustificata, in sede di verifica di congruità dell'offerta, con riguardo ad innovazioni tecnologiche oppure alla disponibilità di personale dipendente dell'offerente che potrebbe essere destinato all'esecuzione dell'appalto senza essere distolto da altre attività dell'operatore economico"*, dettando regole applicative riguardanti detto caso.

Detta disposizione si riferisce quindi alla tipologia di impegno, che non ha assunto l'aggiudicatario, che è prevista nella legge di gara nella lett. b dell'art. 15.3.1 del disciplinare e facoltizza, a determinate condizioni, l'offerente a ridurre il numero di dipendenti oggetto dell'obbligo di assorbimento dettato dalla clausola sociale. Tuttavia essa non impedisce, al contrario, di impegnarsi ad assorbire tutto il personale allorquando esigenze imprenditoriali altre (diverse dalla commessa in gara) consentano l'assunzione del personale trasferito dal gestore uscente (sarebbe una negazione della stessa ratio della clausola sociale), né impone

di destinare detto personale esclusivamente all'esecuzione del contratto affidando.

Né, contrariamente a quanto dedotto dall'appellante, può desumersi diversamente dalla Linee guida n. 13, che piuttosto individuano il parametro dell'elasticità della clausola sociale (su cui infra) dal momento che precisano che *"il riassorbimento del personale è imponibile 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 definita dal nuovo assuntore"*.

La normativa provinciale impone dunque il riassorbimento *"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 definita dal nuovo assuntore"*, come altresì richiesto dalle Linee guida Anac n. 13.

Infine il comma 4 *bis* dell'art. 32 della l.p. n. 2 del 2026 disciplina le condizioni dell'assorbimento del personale trasferito *"l'assunzione è effettuata garantendo a ciascun dipendente le condizioni economiche, come definite dalla contrattazione nazionale collettiva di lavoro e dalla contrattazione integrativa - con riguardo alla retribuzione complessiva -, nonché dal contratto individuale di lavoro - con riguardo all'anzianità e al monte ore di lavoro -, esistenti a una data antecedente la scadenza del precedente contratto di appalto, individuata dagli atti di gara. È fatta salva l'applicazione di previsioni della contrattazione collettiva, se più favorevoli"*.

Pertanto, le disposizioni che disciplinano l'impegno assunto de Euro Promos con riferimento alla clausola sociale è disciplinato dalla lett. a dell'art. 15.3.1 del disciplinare, dal comma 1 dell'art. 23 del capitolato amministrativo e dal comma 4 dell'art. 32 della l.p. n. 2 del 2026.

Da detta disciplina si desume che:

- l'impegno assunzionale riguarda tutto il personale impiegato dal gestore uscente per l'esecuzione della commessa, come individuato nell'allegato A alla legge di gara (lett. a dell'art. 15.3.1 del disciplinare);
- deve essere garantita la continuità dei rapporti di lavoro (comma 1 dell'art. 23 del capitolato amministrativo);
- è riconosciuta la facoltà di armonizzare successivamente l'organizzazione del lavoro, previo confronto sindacale (comma 1 dell'art. 23 del capitolato amministrativo e comma 4 dell'art. 32 della l.p. n. 2 del 2026);
- l'assunzione è effettuata garantendo a ciascun dipendente le condizioni economiche precedenti (*"definite dalla contrattazione nazionale collettiva di lavoro e dalla contrattazione integrativa - con riguardo alla retribuzione complessiva -, nonché dal contratto individuale di lavoro - con riguardo all'anzianità e al monte ore di lavoro, esistenti alla data del 15.04.2022"*), così il comma 1 dell'art. 23 del capitolato amministrativo, in termini il comma 4 *bis* dell'art. 32 della l.p. n. 2 del 2026).

La disciplina richiamata non esclude quindi la successiva armonizzazione della clausola sociale *de quo* con l'organizzazione aziendale, prevedendo un'attuazione elastica della stessa.

Né può ritenersi che lo specifico impegno di assorbire il personale indicato nella tabella A escluda la successiva armonizzazione con le prerogative di autonomia imprenditoriale in quanto, innanzitutto, la facoltà di armonizzazione è dettata dal comma 1 dell'art. 23 del capitolato amministrativo proprio in relazione all'impegno di assorbire tutto il personale. In secondo luogo la possibilità, descritta nella lett. b dell'art. 15.3.1 del disciplinare, di impegnarsi a riassorbire solo parte del personale impiegato presso il gestore uscente in presenza di innovazioni tecnologiche o della disponibilità di proprio personale dipendente che possa essere destinato all'esecuzione dell'appalto non vale a rendere maggiormente elastico l'impegno ma interviene sulla quantità (di dipendenti) oggetto dell'impegno iniziale. Sicché non può ritenersi che la possibilità di armonizzazione successiva sia connaturale soltanto all'impegno di riassorbimento parziale.

12.2. Detta interpretazione della clausola sociale è in linea con il consolidato orientamento giurisprudenziale, in base al quale deve consentirsi un'applicazione elastica e non rigida della clausola sociale di cui all'art. 50 del d. lgs. n. 50 del 2016, per contemperare l'obbligo di mantenimento dei livelli occupazionali del precedente appalto con la libertà d'impresa e con la facoltà in essa insita di organizzare il servizio in modo efficiente e coerente con la propria organizzazione produttiva, al fine di realizzare economie di costi da valorizzare a fini competitivi nella procedura di affidamento dell'appalto (Cons. St., sez. V, 1 agosto 2023 n. 7444).

Detta interpretazione della clausola sociale è conforme ai principi nazionali ed eurounitari in materia di libertà di iniziativa imprenditoriale e di concorrenza, condizionati con la clausola sociale al fine di perseguire interessi socialmente rilevanti, come il diritto al lavoro.

Già nella prospettiva costituzionale (artt. 1, 41 e 117 comma 2 lett. e), nella quale la stessa norma chiave sulla libertà economica funzionalizza quest'ultima all'utilità sociale (art. 41 comma 2 Cost.), la clausola sociale è ritenuta avente una portata elastica, condizionata al giudizio di compatibilità delle scelte organizzative degli operatori economici, così da evitare il sacrificio totale delle esigenze (organizzative) imprenditoriali, che comporterebbe il venir meno del nucleo distintivo dell'attività imprenditoriale, appunto l'organizzazione a proprio rischio (e quindi a propria scelta) di mezzi e risorse (Corte cost. 19 giugno 1998 n. 226 e 3 marzo 2011 n. 68).

La cornice nella quale sono state rese dette pronunce è quella di bilanciamento delle tutele sociali non solo con le libertà economiche ("*minore apertura dei servizi alla concorrenza*", così la sentenza n. 68 del 2011) ma anche con le prerogative pubblicistiche di buon andamento dell'attività amministrativa, considerando "*il maggior onere derivante dall'obbligo posto all'affidatario di assumere «a tempo indeterminato» il personale già utilizzato*" (sentenza n. 68 del 2011).

Detta ultima prospettiva finisce per intercettare il tema della stessa soddisfazione delle

esigenze della collettività di riferimento, in ragione del costo della commessa pubblica e delle correlate prerogative di scarsità di risorse pubbliche, con conseguenza necessità dell'Amministrazione di contemperare le esigenze occupazionali con la soddisfazione di altri bisogni della collettività.

In tal modo il grado elastico di vincolatività della clausola sociale di assorbimento del personale si fonda non solo sul bilanciamento delle tutele del lavoro con l'art. 41 Cost. ma anche sul principio, tipicamente pubblicistico, di buon andamento dell'azione amministrativa.

La latitudine applicativa degli obblighi connessi alla clausola sociale, come sopra delineata, trova conferma nella normativa e nella giurisprudenza eurounitaria, in una prospettiva quindi tipicamente concorrenziale (art. 3 TFUE) e di implementazione del mercato interno (art. 2 TFUE).

Anche la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, il cui valore giuridico, lo stesso dei Trattati, è attualmente (a seguito dell'approvazione del Trattato di Lisbona, avvenuta il primo dicembre 2009) sancito dall'art. 1 del TUE, contempla quali principi fondamentali la libertà d'impresa e la tutela dei consumatori.

In una prima fase la Corte pertanto ha composto il rapporto tra diritti sociali e libertà economiche attribuendo una rilevanza alle seconde (Cgue 9 dicembre 2004, C-460/02, 14 luglio 2005, C-386/03 e sez. II, 3 aprile 2008, C-346/06), pur ammettendo che la tutela dei lavoratori costituisce un legittimo interesse in grado di giustificare, in linea di principio, una restrizione di una libertà fondamentale e che l'obiettivo della tutela e del miglioramento delle condizioni di lavoro rappresenta una ragione imperativa di interesse generale (Cgue, Grande sezione, 11 dicembre 2007, C-438/05).

In tale contesto la direttiva sugli appalti pubblici 2014/24/UE, abrogando la precedente direttiva 2004/18/CE, ha introdotto specifiche norme a garanzia dei lavoratori.

In particolare, l'art. 18 della direttiva 2014/24/UE, intitolato "*Principi per l'aggiudicazione degli appalti*", stabilisce che gli Stati membri adottino "*misure adeguate per garantire che gli operatori economici, nell'esecuzione di appalti pubblici, rispettino gli obblighi applicabili in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro, stabiliti dal diritto dell'Unione, dal diritto nazionale, da contratti collettivi e da disposizioni transnazionali*" (par. 2).

Una particolare attenzione alle ragioni di tutela del lavoro è confermata dall'art. 70, con il quale il legislatore europeo ha sancito la possibilità di introdurre clausole sociali ("*Le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere condizioni particolari in merito all'esecuzione dell'appalto, purché collegate all'oggetto dell'appalto ai sensi dell'articolo 67, paragrafo 3, e indicate nell'avviso di indizione di una gara o nei documenti di gara. Dette condizioni possono comprendere considerazioni economiche, legate all'innovazione, di ordine ambientale, sociale o relative all'occupazione*").

Le novità più rilevanti, rispetto alla previgente disciplina, sono l'eliminazione della necessaria verifica di compatibilità di tali clausole con il diritto europeo, con la conseguente evidenziazione

della compatibilità dell'istituto con l'ordinamento europeo, e l'esplicito riferimento alla possibilità di tutelare, oltre al reddito dei lavoratori, la continuità dell'occupazione.

Nondimeno il modificato quadro normativo, se legittima il modello regolativo delle clausole sociali, lo fa nel rispetto delle prerogative concorrenziali e del mercato (e quindi imprenditoriali), e comunque compatibilmente alle scelte del legislatore nazionale, intestatario delle attribuzioni relative ai diritti sociali e di organizzazione delle funzioni pubbliche (COM/2003/0458).

Nel rispetto del (delicato) equilibrio fra esigenze del mercato (e della concorrenza per il mercato) e esigenze di tutela sociale, rispetto alla clausola di assorbimento l'impostazione eurounitaria premia le decisioni dei singoli Stati membri, così derivando che la stessa è caratterizzata dal trattamento (sopra richiamato) che l'ordinamento italiano le riserva.

Dalla disciplina e dalla giurisprudenza eurounitaria non discende quindi il disconoscimento del carattere elastico delle clausole sociali, rispetto al trattamento che ricevono nell'ordinamento italiano.

12.3. Rilevata l'elasticità della clausola sociale, la legge di gara detta alcune regole riguardanti le condizioni da applicare al personale assorbito in adempimento all'impegno assunto in ragione della clausola sociale.

Il comma 1 dell'art. 23 del capitolato amministrativo e il comma 4 bis dell'art. 32 della l.p. n. 2 del 2016 intervengono sul punto disponendo l'obbligo di mantenimento delle condizioni economiche esistenti a una certa data, individuata nel caso di specie nel 15 aprile 2022.

La deliberazione di giunta provinciale n. 1431 del 25 settembre 2020 ha declinato il contenuto dell'art. 32 comma 4 *bis* della l.p. n. 2 del 2016 nel senso che la conservazione in capo a ciascun lavoratore delle condizioni economiche godute presso l'appaltatore uscente è misurata con riferimento alle seguenti voci: il trattamento economico complessivo comunque denominato, il trattamento economico di anzianità attribuito sulla base del ccnl o accordo territoriale e le ore di lavoro settimanali dedicate all'esecuzione del servizio e stabilite dal contratto individuale, aumentabile per accordo fra le parti (art. 3).

Pertanto la tutela delle condizioni economiche del personale riassorbito si concretizza nei suddetti elementi (trattamento economico e ore settimanali di lavoro).

Al di fuori di tali ipotesi il personale riassorbito non gode di tutele particolari rispetto agli altri lavoratori (ad esempio con riferimento alle concrete mansioni affidate, fatto salvo il divieto di demansionamento, o l'ubicazione della sede di lavoro). E' la stessa delibera infatti a specificare che *"A titolo esemplificativo non è quindi salvaguardata l'articolazione dell'orario giornaliero al di fuori delle tutele previste dalla legge e dal CCNL applicato dal nuovo appaltatore o il luogo di lavoro, nel caso l'appalto sia eseguito su più sedi"*.

13. Detto ciò, quanto alla verifica di anomalia, si rileva che:

- la valutazione ha natura globale e sintetica, non potendo risolversi in una parcellizzazione delle singole voci di costo ed in una caccia all'errore (Cons. St., sez. V, 15 settembre 2023 n. 8356);

- il subprocedimento di verifica dell'anomalia non mira ad individuare singole inesattezze, quanto piuttosto ad accertare che la proposta contrattuale sia nel suo complesso seria ed affidabile, consentendo una corretta esecuzione dell'appalto (Cons. St., sez. V, 3 ottobre 2022 n. 8471);

- *“la motivazione del giudizio di non anomalia non deve essere specifica ed estesa, potendo essere effettuata anche mediante rinvio per relationem alle risultanze procedurali e alle giustificazioni fornite dall'impresa”* (Cons. St., sez. V, 22 febbraio 2024 n. 1776);

- il giudizio di congruità si configura come *“tipico potere tecnico-discrezionale”*, sindacabile in sede giurisdizionale *“per ragioni legate alla eventuale (e soprattutto dimostrata) manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza dell'operato dell'amministrazione, tale dunque da rendere palese l'inattendibilità complessiva dell'offerta”* (Cons. St., sez. V, 15 settembre 2023 n. 8356).

13.1. Posto che le censure dedotte si appuntano sulle modalità di svolgimento della verifica di anomalia il Collegio le scruta tenendo in considerazione quanto sopra.

14. Svolte le premesse possono essere scrutinate le singole censure di cui si compone l'unico motivo di appello, che sono scrutinate per argomento.

15. Si riporta, di seguito, la premessa iniziale del ricorso, in quanto le conclusioni di detta premessa costituiscono l'*incipit* delle conseguenti censure.

15.1. Con essa l'appellante Pulinet ha dedotto come il rilevante ribasso offerto dalla controinteressata Euro Promos trovi causa nel *“massiccio ricorso, da parte dell'aggiudicataria, al cd. lavoro supplementare”*, avente un *“costo orario sensibilmente inferiore rispetto all'ora lavorativa ordinaria”*.

Senonché il ricorso al lavoro supplementare si rivelerebbe *“del tutto irrealizzabile, ponendosi in frontale contrasto con gli impegni assunti da Euro&Promos in relazione alla clausola sociale”*, dal momento che l'aggiudicataria si è *“ad assumere l'intero personale già impiegato nell'esecuzione del servizio, così come indicato nella tabella A) allegata al capitolato speciale d'appalto”*.

Posto che il monte orario lavorato offerto, pari a 28.802,00 ore, sarebbe *“saturato”* dalle ore ordinarie lavorate dal personale assorbito in ragione della clausola sociale, di cui all'Allegato A, non vi sarebbe spazio per il lavoro supplementare.

In tale contesto erroneamente il Tar avrebbe dato credito alla difesa in giudizio dell'aggiudicataria, fondata sulla possibilità di *“dedicare parte del personale assorbito su ulteriori commesse limitrofe”* (di talché *“le ore lavorate in regime di <supplementare>*

sarebbero agevolmente svolte da altri lavoratori già in organico”).

L'erroneità delle conclusioni del giudice di primo grado poggia, secondo l'appellante, su due considerazioni:

“a) travisano il contenuto dell’offerta e delle giustificazioni di Euro&Promos, ammettendo la loro modificazione in sede di giudizio;

b) muovono da una lettura della clausola sociale provinciale non coerente con il dato normativo di riferimento”.

16. Con la prima censura l'appellante Pulinet ha dedotto l'erroneità della sentenza nella parte in cui il Tar avrebbe consentito all'aggiudicataria di modificare in giudizio l'offerta e le giustificazioni rese in gara (il riferimento è alla lett. a della premessa al ricorso in appello).

Il riferimento è alla possibilità, illustrata in giudizio, di utilizzo, da parte dell'aggiudicataria, del personale oggetto dell'obbligo di assorbimento in attività estranee al contratto in gara e (in tesi) non evidenziata in sede di gara.

Nell'ambito della censura è altresì dedotto come non sia stata svolta un'istruttoria specifica dal rup sul punto dell'utilizzo del personale da riassorbire sulla base della clausola sociale anche al di fuori dell'esecuzione della commessa in gara

16.1. La censura è infondata.

16.2. Si rileva innanzitutto che, in giudizio, Euro Promos ha dedotto la possibilità di ricorrere al lavoro supplementare dedicando parte del personale assorbito su ulteriori commesse quale argomentazione ulteriore e non come unica motivazione del costo del personale esposto in sede di giustificazioni. Si legge infatti nella memoria 20 febbraio 2024 che, *“Anche a prescindere da quanto sin qui esposto, E&P avrebbe, comunque, la facoltà di ricorrere in parte al lavoro supplementare, potendo dedicare parte del personale assorbito su ulteriori commesse limitrofe”* cosicché *“le ore lavorate in regime di supplementare sarebbero agevolmente svolte da altri lavoratori già in organico”* (Il.A punto 3 della memoria depositata in primo grado). Sicché la rilevanza del motivo dipende dal superamento delle ulteriori ragioni addotte da Euro Promos per giustificare il costo del personale considerato ai fini del ribasso offerto.

16.3. Negli atti presentati in gara dall'aggiudicataria si trova specifica traccia del possibile impiego, da parte di Euro Promos, del personale riassorbito dal gestore uscente per attività diverse dall'esecuzione della commessa oggetto della gara qui controversa.

Nelle giustificazioni protocollate il 22 agosto 2023 l'aggiudicataria ha infatti precisato che la stessa:

- è “azienda leader nel settore del facility management, nell'erogazione dei servizi di pulizia nel particolare”;

- *“vanta importanti dimensioni e solidità patrimoniale/finanziaria”* (impiega oltre 5.093 persone al 31 dicembre 2022, ha maturato nell'ultimo triennio un fatturato di complessivi € 351.643.146,00, di cui € 107.694.734,00 nel 2020, € 126.128.172,00 nel 2021 ed € 117.820.240,00 nel 2022 e ha un patrimonio netto, risultante dall'ultimo bilancio approvato, chiuso al 31 dicembre 2022, pari ad € 33.608.646,00;

- ha una *“elevata localizzazione geografica”* nella provincia di Trento;

- gestisce una serie di appalti nella zona, di cui i principali ha elencato i principali (APSP Borgo Valsugana, Banca d'Italia sede Trento, Comune di Trento, Comune Rovereto, Comune Folgaria, Comune Riva del Garda, Comune Pergine Valsugana, Fondazione Santa Chiara di Trento, Fondazione Edmund Mach San Michele all'Adige e Poste Italiane – uffici postali prov. Trento).

La stessa ha altresì rappresentato che quanto sopra permette alla stessa di:

- *“gestire il servizio, senza difficoltà, avendo a disposizione l'intera organizzazione aziendale a poca distanza dal Committente”*;

- *“disporre di un bacino di risorse umane in grado di intervenire in caso di emergenza”*;

- conoscere il *“territorio”* e le *“relative istituzioni”* e *“organizzazioni sindacali locali, interessate al trasferimento del personale, così come previsto dalla contrattazione collettiva nazionale di settore”*.

Successivamente, nel corso del contraddittorio orale con la stazione appaltante nella fase dedicata alla verifica di anomalia, Euro Promos ha espressamente illustrato *“la buona organizzazione e presenza sul territorio nell'area di interesse, e la relativa operatività sia nel settore degli appalti pubblici sia in quello delle commesse private, che consentono una buona continuità gestionale e di direzione e garantiscono l'ottimizzazione dei servizi prestati, economie dei processi e capacità di impiego, anche con ricollocamento, del personale”* (verbale 25 settembre 2023).

Pertanto, in gara, l'aggiudicataria ha dato conto della sussistenza dei presupposti per il riassorbimento del personale (nei giustificativi 22 agosto 2023) e fatto espresso riferimento al ricollocamento del personale in altre attività, diverse dall'esecuzione della commessa in gara (verbale 25 settembre 2023), anche di natura privata.

16.4. Né in gara l'aggiudicataria ha dichiarato aspetti in contrasto con la possibilità di impiegare il personale riassorbito in altre commesse.

Gli elementi richiamati a tal fine dall'appellante non colgono nel segno.

Non depone in tal senso la *“proposta organizzativa”*, comportante *“l'assorbimento dell'intero elenco personale pubblicato in gara”*, nella quale l'aggiudicataria ha indicato in 58 gli *“addetti impiegati nel servizio”*, corrispondenti appunto a quelli di cui alla tabella A), e non ha invece

dato conto della presenza di ulteriori addetti, già in organico e provenienti da altri appalti, che invece, volendo aderire alla prospettazione di controparte, andrebbero necessariamente a sommarsi ai primi.

La circostanza che l'aggiudicatario abbia indicato un numero di addetti necessario per lo svolgimento del servizio uguale a quelli utilizzati dal gestore uscente dà conto di una scelta organizzativa, quella di destinare 58 addetti all'esecuzione della commessa, di per sé non irragionevole (in quanto tiene conto della precedente esperienza) e non di per sé indicativa della volontà di utilizzare, per l'esecuzione della commessa, quelle stesse persone fisiche impiegate dal gestore uscente (di cui alla tabella A).

Con giustificativi protocollati in data 22 agosto 2023 Euro Promos ha dichiarato di garantire *“la clausola sociale, ai sensi dell’art. 50 del d.lgs. 50/2016 e della Legge Provinciale 2/2016, rispetto al personale attualmente impiegato, secondo l’elenco pubblicato in fase di gara”* e nel contempo ha dichiarato, nel paragrafo 7, rubricato *“Erogazione dei servizi a richiesta attraverso l’erogazione di ore supplementari”*, che *“è stato considerato l’utilizzo del tempo in regime di supplementare per il 19,99% delle ore contrattuali”* dopo avere precisato che *“Il ricorso al tempo supplementare, sino al 24% delle ore contrattuali, per la sostituzione del personale assente genera un risparmio nella determinazione del costo del lavoro”*.

Detta ultima dichiarazione non è di per sé in contrasto con l’obbligo di assorbimento del personale se non escludendo che detto obbligo determini necessariamente l’utilizzo del personale nella medesima commessa (oltre che per altri motivi, che si illustreranno *infra*).

16.5. La possibilità di destinare il personale assorbito in ragione della clausola sociale in altre attività trova conferma nell’ordinamento.

Innanzitutto le modalità di adempimento dell’obbligo di assorbimento del personale impiegato dal gestore uscente rientrano nelle facoltà di armonizzazione di detto obbligo con l’organizzazione aziendale.

Ciò può comportare, in fase esecutiva, che *“l’obbligo di assorbimento del personale potrebbe essere assolto anche destinando solo parte dello stesso all’esecuzione di quel medesimo contratto”* (Cons. Stato, sez. III, 28 dicembre 2020 n. 8442).

In secondo luogo, la competizione alla quale è preordinata (qualsiasi) gara è volta a valorizzare la migliore offerta in termini di qualità e di costo (per l’erario), con una combinazione variabile, nel rispetto di quanto previsto dalla disciplina di settore.

Detta competizione si concretizza, sul lato dell’offerta economica, nella possibilità (ordinaria) di utilizzare economie di scala (cioè di valorizzare la più ampia realtà imprenditoriale nella quale si inserisce l’esecuzione della commessa al fine di ridurre i relativi costi): *“l’obbligo di riassorbimento dei lavoratori 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”*

(Cons. Stato, sez. III, 28 dicembre 2020 n. 8442).

Ritenere che l'offerta economica non possa ordinariamente tenere conto delle economie di scala, produce rilevanti conseguenze in termini di privazione della commessa delle offerte potenzialmente portatrici di esse, così potendo produrre un potenziale *vulnus* alla prospettiva pubblicistica dell'efficienza della prestazione e della spesa pubblica. E ciò tanto più se si considera che l'imposizione di un necessario approfondimento in ordine alla sostenibilità delle eventuali economie di scala, rispetto alla complessiva realtà imprenditoriale nella quale si colloca l'offerta, richiede la valutazione di elementi del tutto estranei alla medesima.

La conseguenza è tanto più rilevante allorquando, come nel caso di specie, l'appalto è ad alta intensità di manodopera, in quanto, in tale caso, la conseguenza è una ridottissima competizione sul prezzo, a discapito delle esigenze dell'erario (tipiche della disciplina nazionale di stampo contabilistico), la cui rilevanza è riconosciuta anche dall'Unione europea in termini di funzionalizzazione delle gare all'"efficienza della spesa pubblica" e all'"uso più efficiente possibile dei finanziamenti pubblici" (considerando 2 della direttiva n. 2014/24/UE)

E' piuttosto il d. lgs. n. 36 del 2023 (non applicabile al caso di specie) che, in applicazione di un preciso criterio di delega di cui all'art. 1 comma 2 lett. t) della legge n. 78 del 2022 ("*in ogni caso che i costi della manodopera e della sicurezza siano sempre scorporati dagli importi assoggettati a ribasso*"), "*significativamente, opera una netta "inversione di rotta" rispetto al d.lgs. 50/20162*" (Cons. St., sez. V, 9 giugno 2023 n. 7551), prevedendo che "*in ogni caso che i costi della manodopera e della sicurezza siano sempre scorporati dagli importi assoggettati a ribasso*" (art. 41 comma 14 del d.lgs. n. 36 del 2023). In tale ultimo contesto è quindi invertito l'onere probatorio, facendo comunque salva la possibilità per l'operatore economico di dimostrare che un ribasso che coinvolga il costo della manodopera sia derivante da una più efficiente organizzazione aziendale così armonizzando il criterio di delega con l'art. 41 della Costituzione.

Nel presente contesto, nel quale l'obbligo di riassorbimento non determina necessariamente l'utilizzo del personale nella medesima commessa, non è rilevante il fatto che l'aggiudicataria non abbia espressamente dichiarato in gara, in mancanza di specifica domanda sul punto, di non avere intenzione di usare tutto il personale oggetto dell'obbligo di riassorbimento nell'ambito della commessa, considerato che l'aggiudicataria ha dichiarato l'intenzione di ricollocarlo e non ha comunque dichiarato il contrario.

In tale contesto non è rilevante che Euro Promos, in gara, "*non abbia invece dato conto della presenza di ulteriori addetti, già in organico e provenienti da altri appalti, che invece, volendo aderire alla prospettazione di controparte, andrebbero necessariamente a sommarsi ai primi*".

L'offerente si è limitata a dare conto del numero dell'ingente numero di dipendenti di cui dispone (oltre 5.093 persone al 31 dicembre 2022) e della necessità di impiegarne 58 per l'esecuzione della commessa (indipendentemente dalla provenienza degli stessi), oltre che dell'impegno ad assorbire il personale di cui alla Tabella A.

Pertanto la conclusione dell'appellante, in merito al fatto che sia necessario perché

l'aggiudicataria esegua la commessa nel rispetto degli impegni presentati in offerta che "ulteriori addetti, già in organico" si sommino ai 58 dipendenti provenienti dal gestore uscente (ai fini dell'esecuzione della commessa in gara) non trova fondamento nei documenti di gara. Né può imporsi all'offerente, in mancanza di una specifica previsione della legge di gara sul punto, di specificare che la provenienza dei dipendenti che saranno impiegati nell'esecuzione della commessa. E' sufficiente, nel caso di specie, per la coerenza dell'offerta che Euro Promos non abbia specificato che i 58 addetti che saranno impiegati nell'esecuzione della commessa coincidono con i lavoratori riassorbiti dal gestore uscente.

Considerato che non è rilevante il fatto che l'aggiudicataria non abbia dichiarato in gara di non avere intenzione di usare tutto il personale oggetto dell'obbligo di assorbimento nell'ambito della commessa, neppure può ritenersi che le argomentazioni spese in giudizio rappresentino un'integrazione dell'offerta e delle giustificazioni rese in gara dall'aggiudicataria.

16.6. Quanto sopra si riverbera anche sull'asserita mancanza di un'istruttoria specifica del rup in merito all'impiego del personale proveniente dal gestore uscente presso altra attività svolta dall'aggiudicataria, non rientrante nell'esecuzione della commessa in gara.

Considerate le informazioni rese in gara da parte dell'aggiudicataria (a favore del ricollocamento del personale e non contrastanti con esso, così come già sopra illustrato) non è manifestamente irragionevole che la stazione appaltante non abbia ulteriormente indagato sulle modalità di attuazione dell'obbligo di assorbimento, dal momento che risulta che il rup le abbia positivamente vagliate dal verbale dell'audizione 25 settembre 2023 e in generale dal superamento del giudizio di anomalia (sulle cui motivazioni si è già dato conto sopra). E ciò anche in ragione delle seguenti considerazioni:

- non può richiedersi alla stazione appaltante un approfondimento *ex ante* della concreta organizzazione aziendale nella sua complessità (non solo con riferimento alla specifica commessa), in modo da controllare le modalità del futuro adempimento dell'obbligo di riassorbimento (nei termini auspicati dall'appellante circa l'effettiva esistenza e la durata di altri rapporti contrattuali, la prossimità degli immobili oggetto del servizio e la necessità di incrementare la relativa manodopera), dovendo sul punto vagliare le prospettazioni dell'offerente secondo il canone della non manifesta irragionevolezza (già richiamato sopra);

- come visto, le economie di scala costituiscono una modalità ordinaria attraverso al quale i *competitors* possono ribassare il prezzo;

- la possibilità di assorbimento del personale anche impiegandolo in altre commesse non ha, come sopra visto, trovato smentita nei documenti di gara, che anzi contengono elementi a supporto.

Tale contesto e la presenza della descrizione di una realtà imprenditoriale vasta, facente capo all'aggiudicataria, di cui la stazione appaltante non ha avuto motivo di dubitare, rende inconferenti le osservazioni riguardanti le asserite specifiche modalità di esecuzione dell'obbligo di assorbimento e la documentazione depositata in giudizio da parte dell'appellante (peraltro non necessariamente conferente, specie con riferimento ai rilievi circa

la tipologia e l'oggetto delle attività dell'aggiudicataria, atteso che la continuità lavorativa è declinata con riferimento alle precedenti condizioni economiche, come già sopra visto). E ciò anche in ragione del fatto che l'aggiudicataria ha dichiarato di svolgere attività anche per privati (sicché anche rispetto a essa può essere ricollocato il personale, anche assorbito), con conseguente non esaustività dei controlli svolti dall'appellante al fine di verificare gli appalti (pubblici) dichiarati dall'aggiudicataria in sede di verifica di anomalia.

Peraltro, l'inadempimento della clausola sociale trova il proprio rimedio in fase esecutiva.

Mentre infatti la verifica di anomalia, nel quale si colloca la valutazione del costo della spesa per il personale, è volta a soppesare la complessiva sostenibilità dell'offerta sulla base di una valutazione *ex ante*, il mancato adempimento (a posteriori) dell'obbligo di riassorbimento, che comunque sconta l'elasticità della clausola (nei termini approfonditi anche di seguito), rileva in fase esecutiva.

Nel comma 4 dell'art. 23 del capitolato amministrativo è previsto infatti che *“L'inadempimento degli obblighi derivanti dalla clausola sociale comporta la risoluzione del contratto qualora ricorrano i presupposti di grave inadempimento, secondo quanto previsto dall'art. 108, comma 3, del Codice dei contratti pubblici”* e che, *“Qualora non ricorra il caso di grave inadempimento, il mancato rispetto degli obblighi derivanti dalla clausola sociale comporta l'applicazione di una penale commisurata alla gravità della violazione, secondo quanto previsto dall'art. 28 del presente capitolato”*.

Le stesse Linee guida Anac n. 13 prevedono che *“L'inadempimento degli obblighi derivanti dalla clausola sociale comporta l'applicazione dei rimedi previsti dalla legge ovvero dal contratto”* e che *“Nello schema di contratto le stazioni appaltanti inseriscono clausole risolutive espresse ovvero penali commisurate alla gravità della violazione”* (art. 5).

17. Con la seconda censura l'appellante Pulinet ha dedotto l'erroneità della sentenza nella parte in cui il Tar muove da *“una lettura della clausola sociale provinciale non coerente con il dato normativo di riferimento”* ((il riferimento è alla lett. b della premessa al ricorso in appello).

17.1. La censura è infondata.

17.2. Per le ragioni già sopra esposte, comprensive del carattere elastico della clausola di salvaguardia, non colgono nel segno le criticità dedotte.

In particolare non può ritenersi che, *“se l'aggiudicataria avesse effettivamente potuto disporre di personale già in organico da destinare all'appalto, [...] la stessa, coerentemente, avrebbe dovuto dichiarare di impegnarsi all'assorbimento del personale del gestore uscente non già in modo integrale, bensì nella sola misura effettivamente necessaria”*: si è già illustrato sopra come né la legge di gara né l'art. 32 della l.p. n. 2 del 2016 impediscano all'offerente di impegnarsi ad assorbire il personale proveniente dal gestore uscente destinandolo a esigenze imprenditoriali altre (diverse dalla commessa in gara), consentendo in tal modo di garantire comunque la continuità lavorativa: anche perché altrimenti non sarebbe rispettata la stessa *ratio* della clausola sociale (a favore del lavoro).

18. Con ulteriore censura è dedotto che:

- l'obbligo di rispettare il monte ore individuale di ciascun lavoratore *“esclude la possibilità di ricorso al lavoro supplementare nei termini prospettati in corso di causa da Euro&Promos, posto che questo presuppone, come già ricordato, che il personale riassorbito venga parzialmente impiegato su altre commesse limitrofe”*;
- la spesa del personale è insostenibile in quanto *“le ore ordinarie lavorate dagli addetti di cui alla tabella A), che l’aggiudicataria si è impegnata ad assorbire integralmente, corrispondono esattamente al monte orario lavorato offerto da Euro&Promos, e dunque non vi è, in concreto, alcun margine per il ricorso al lavoro supplementare”*
- il ricorso al lavoro supplementare, per essere ammissibile e non rendere incongrua l’offerta, deve *“risultare compatibile e coerente con quanto, nel caso concreto, offerto dal concorrente sottoposto a verifica di anomalia, pena, in caso contrario, una inammissibile modificazione dell’offerta, alla quale non può che conseguire l’esclusione dalla gara, come peraltro riconosciuto dallo stesso TRGA al par. XIII della sentenza”*.

Nell’ambito della stessa censura sono dedotte anche criticità riguardanti l’immodificabilità dell’offerta.

18.1. La censura è infondata in ragione di plurime considerazioni.

18.2. Già da quanto sopra rilevato in ordine alla possibilità dell’aggiudicataria di impiegare il personale assorbito in altre attività (diverse dalla commessa di cui alla gara qui controversa) deriva l’insussistenza di un’assoluta incompatibilità fra ricorso al lavoro supplementare e assorbimento del personale secondo quanto previsto dalla clausola sociale.

L’autonomia organizzativa dell’impresa consente infatti alla stessa di adempiere all’obbligo di assorbimento del personale anche impiegandolo in altre incombenze, che non attengono all’esecuzione della commessa in gara, nel rispetto delle condizioni di assorbimento.

Sicché nell’esecuzione della commessa possono essere impiegati altri lavoratori, non aventi le caratteristiche indicate nella tabella A (e considerate nella quantificazione dell’appellante), circostanza che non è stata presa in esame dall’appellante quando ha ritenuto incompatibile il ricorso al lavoro supplementare rispetto al personale da assorbire per effetto della clausola sociale, nonostante quanto illustrato in gara dall’aggiudicataria e già sopra riferito.

Neppure depongono nel senso dell’incompatibilità fra ricorso al lavoro supplementare e assorbimento del personale le sentenze di questa Sezione richiamate dall’appellante. La sentenza n. 2404 del 2020 presenta caratteristiche di fatto differenti, anche in ragione della mancanza di alcun riferimento all’impiego *aliunde* dei dipendenti trasferiti dal gestore uscente e della presenza di una *“maggioranza di operai con contratto full time”* (diversamente dal caso *de quo*, su cui infra), così non risultando conferente la conferma della pronuncia del Tar che *“ha giudicato “inaccettabile” il ricorso di Meranese al lavoro supplementare per una percentuale pari al 30%, in relazione al “caso concreto esaminato”, specie in considerazione*

dell'obbligo di assorbimento del personale trasferito dal gestore uscente in base alla tabella A.

Con la sentenza n. 3907 del 2022 è stata confermata la decisione con la quale il Tar ha ritenuto *“inaffidabile ed incongruo”* il giudizio di sostenibilità dell'offerta con riferimento al costo del personale ma in ragione di presupposti diversi da quelli che vengono qui in evidenza, in quanto riferiti a modifiche dell'offerta dovute *“ad una riduzione del tasso di assenteismo per malattia, infortunio e maternità pari all'80% di quanto previsto nelle tabelle ministeriali (senza comprovare in concreto dati storici e specificità aziendali che l'avrebbero consentita) e imputando i costi per le sostituzioni per ferie, malattia e permessi, per il 15% delle ore complessive, al c.d. lavoro supplementare, mentre, in sede di offerta, erano state destinate alle sostituzioni le sette unità di personale aggiuntivo”*.

Piuttosto il caso qui in esame è paragonabile al caso richiamato dal giudice di primo grado, dal momento che questa Sezione ha valutato il ricorso al lavoro supplementare *“anche laddove riferito alla percentuale – non provata - di circa il 19%”* per cento del costo complessivo del lavoro *“ammissibile secondo la prevalente giurisprudenza in materia”*, essendo tale percentuale, *“anche laddove effettivamente sussistente”*, da ritenersi *“allineata agli standard già validati dal vissuto giurisprudenziale che ha ritenuto ammissibili offerte similari”* (Cons. Stato, sez. V, 24 aprile 2023 n. 4144).

18.3. L'elasticità della clausola sociale si rivela anche rispetto ad altri profili.

La previsione, riferita alla clausola sociale, della *“facoltà di armonizzare successivamente l'organizzazione del lavoro, previo confronto sindacale”* di cui all'art. 32 comma 4 della l.p. n. 2 del 2016 e all'art. 23 comma 1 del capitolato amministrativo non può infatti che espandersi dal più (numero di lavoratori in concreto assorbiti) al meno (condizioni di lavoro), fatta salva la necessità del confronto sindacale, che costituisce l'elemento di garanzia. Altrimenti, posto il connotato elastico della clausola, dovrebbe ritenersi che l'armonizzazione riguardi solo il numero dei lavoratori da assorbire, e non anche i profili meno incisivi rispetto alla situazione del lavoratore, così tradendo la finalità (di *favor* per il lavoro) sottesa alla stessa clausola.

La clausola sociale non dispone infatti che il concorrente si obblighi a mantenere inalterata l'organizzazione del lavoro del precedente gestore della commessa, imponendo piuttosto all'imprenditore subentrante la salvaguardia dei posti di lavoro, dei livelli retributivi dei lavoratori riassorbiti e dell'orario settimanale *“dedicate all'esecuzione del servizio e stabilite dal contratto individuale”* (art. 3 della delibera n. 1431 del 2020), nei limiti di compatibilità derivanti dalla natura elastica della stessa (su cui anche *infra*).

18.4. La stessa nozione di lavoro supplementare consente di ricorrervi in modo rilevante in quanto:

- è istituito espressamente previsto sia dalla contrattazione collettiva (art. 33 del ccnl Multiservizi) sia dalla normativa di riferimento (art. 6 del d.lgs. n. 81 del 2015), che può essere utilizzato dall'imprenditore quale possibile soluzione organizzativa (Cons. Stato, sez. V, 24 aprile 2023 n. 4144);

- è *“una modalità di organizzazione del lavoro (volta a consentire un legittimo risparmio di spesa) perfettamente compatibile, ai sensi della vigente contrattazione collettiva di settore, con l’assolvimento delle esigenze aziendali sottese alla tipologia di appalto per cui è causa”* (Cons. Stato, sez. V, 24 aprile 2023 n. 4144);

- proprio in quanto modalità (ordinaria) di organizzazione del lavoro, diversamente da quanto sostiene l’appellante, può essere utilizzato anche per eseguire *“prestazioni ordinarie”* di servizio (Cons. Stato, sez. V, 24 aprile 2023 n. 4144).

18.5. L’asserita incompatibilità fra rispetto della clausola sociale e ricorso al lavoro supplementare neppure discende dal numero dei lavoratori da riassorbire e dall’obbligo di rispettare le condizioni economiche precedentemente godute dagli stessi.

18.6. Quando al profilo del rispetto delle condizioni economiche precedenti si rileva quanto segue.

L’appellante ha fatto riferimento al calcolo effettuato dall’aggiudicataria per la quantificazione del costo della manodopera sulla base di 28.802 ore, quale prodotto delle ore indicate nella colonna 4 della tabella A) come ore lavorate, ritenendo che detto monte ore, esaurendo le ore necessarie per l’esecuzione dell’appalto, non possa che essere coperto dal personale assorbito (dal gestore uscente) attraverso le ore ordinarie di svolgimento del rapporto di lavoro. Detto riferimento è contenuto nelle premesse all’unico motivo dell’appello (*“Posto che il monte orario lavorato offerto, pari a 28.802,00 ore, sarebbe “saturato” dalle ore ordinarie lavorate dal personale assorbito in ragione della clausola sociale, di cui all’Allegato A, non vi sarebbe spazio per il lavoro supplementare”*) è poi richiamato più volte.

L’assunto si fonda sul fatto che l’aggiudicataria ha riportato nei giustificativi una tabella, che *“determina il costo della manodopera rispetto al monte ore effettivamente lavorato, pari a 28.802 ore annuali”*, ricavandolo dai dati contenuti nella tabella A.

Il dato monte ore *“effettivamente lavorato, pari a 28.802 ore annuali”*, ricavato dai dati contenuti nella tabella A, è volto esclusivamente a quantificare le ore ritenute necessarie per l’esecuzione dell’appalto, riprendendole dalla quantificazione operata dal gestore uscente (e quindi basata su un’esperienza che lo rende non manifestamente irragionevole) mentre l’esposizione di detto dato non comprende altresì l’impegno a far svolgere dette ore di lavoro dal personale assorbito, potendo essere effettuato (come già visto con riferimento all’indicazione dei 58 addetti) da altro personale, secondo l’organizzazione aziendale dell’aggiudicataria, senza quindi che si ponga un problema di utilizzo di lavoro supplementare (in ragione della tesi dell’appellante).

L’aggiudicataria non ha dichiarato, nell’offerta tecnica, di voler coprire il monte ore lavorato proposto attraverso l’esclusivo impiego di *“ore ordinarie”*, essendosi piuttosto (e nei termini già sopra visti) impegnata all’assorbimento del personale uscente per la gestione dell’appalto, da organizzare *“secondo le procedure aziendali”*.

Del resto la stessa tabella A non reca indicazioni in ordine alla qualificazione delle ore di lavoro

effettivamente prestate nell'esecuzione dell'appalto (nella colonna 4 si legge "orario settimanale dedicato all'appalto", senza ulteriore specificazione in termini di ore ordinarie e supplementari), non potendosi far derivare detta qualificazione dal fatto che le ore effettivamente lavorate (colonna 4) siano inferiori alle ore contrattualizzate (colonna 5), atteso che questa differenza lascia esclusivamente intendere che i lavoratori siano impiegati anche in altre attività.

Né può desumersi dal riferimento, effettuato dall'aggiudicataria nei giustificativi, al "*monte ore effettivamente lavorato, pari a 28.802 ore annuali*" l'impegno a non ricorrere al lavoro supplementare, atteso che quest'ultimo si connota, come si vedrà infra, in relazione all'orario contrattuale, non a quello effettivamente lavorato.

Nel caso di specie, poi, il tempo dedicato all'appalto del personale elencato nella tabella A non corrisponde all'orario settimanale contrattuale in quanto è per lo più inferiore, anche di molto) o uguale, come si evince confrontando i dati indicati nella colonna 4 della tabella A ("orario settimanale dedicato all'appalto") e i dati contenuti nella colonna 5 ("orario settimanale totale").

Senonché la nozione di lavoro supplementare si misura nel rapporto con l'orario di lavoro contrattuale, così come contenuta nel combinato disposto dell'art. 6 del d. lgs. n. 81 del 2015 e dell'art. 3 del d. lgs. n. 66 del 2003, in base al quale il lavoro supplementare è il lavoro che eccede le ore stabilite nel contratto ma rimane nei limiti delle 40 ore (l'art. 33 del ccnl richiamato dalla parti stabilisce che "Il lavoro supplementare è quello corrispondente alle prestazioni lavorative svolte oltre l'orario di lavoro concordato tra le parti nel contratto individuale ed entro il limite del tempo pieno") e declinata dalla giurisprudenza ("*per lavoro supplementare nell'ambito del rapporto di lavoro a tempo parziale deve intendersi il lavoro comunque eccedente i limiti concordati*", così Cass. civ., sez. lavoro, 8 settembre 2008 n. 22579).

Pertanto, l'assunto basato sull'asserito esaurimento del monte ore considerato dall'aggiudicataria, pari a 28.802, calcolato in termini di ore effettivamente lavorate, dalla forza lavoro assorbita dal gestore uscente contiene in sé l'ammissione di un'armonizzazione dell'orario svolto dal personale assorbito.

L'art. 3 della delibera n. 1431 del 2020 fa riferimento alle ore settimanali non solo "*dedicate all'esecuzione del servizio*" ma anche "*stabilite dal contratto individuale*" (peraltro nella quinta colonna, quella appunto delle ore stabilite nel contratto, si leggono i valori più diversi in punto di "*orario settimanale totale*"). Sicché la mancata considerazione della seconda voce, cioè quella dell'orario contrattuale, ai fini dell'individuazione del lavoro supplementare, data per implicita dalle parti, evidenzia di per sé l'ammissione di una qualche forma di armonizzazione dell'orario di lavoro: i lavoratori di cui alla Tabella A sia prima che dopo il cambio di appalto svolgono parte delle mansioni in attività diverse dalla commessa in gara. E infatti Pulinet ha affermato, in altri passaggi del ricorso in appello, che "*L'intero personale che Euro&Promos si è impegnata ad assumere, infatti, sviluppa un monte ore contrattuale annuo totale di 38.038 ore, a fronte del quale il monte ore annuo lavorato in regime "ordinario" risulta pari a 29.093,24 ore (38.038 : 2.088 x 1.597 = 29.093,24 ore), superiore alle 28.802 ore totali annue*

previste in offerta tecnica e nelle giustificazioni dell'offerta economica" e che "le ore lavorate nell'ambito dell'orario contrattuale non possono essere considerate supplementari", così dando rilievo all'aspetto dal quale dipende la qualificazione del lavoro come supplementare.

Considerata la nozione di lavoro supplementare, il dato rilevante (ai fini del calcolo del lavoro supplementare) è piuttosto costituito dalla presenza di contratti a tempo parziale: dalla tabella A risulta che solo un dipendente su 58 ha un orario settimanale contrattuale pari a un dipendente a tempo pieno (dalla colonna 5 della tabella A), con la conseguenza che deve dedursi che i rimanenti 57 dipendenti abbiano un contratto a tempo parziale. Né si può escludere che gli altri dipendenti di Euro Promos abbiano contratti a tempo parziale, con conseguente agevole ricorso al lavoro supplementare.

Sicché, da tale punto di vista, non si rinvengono impedimenti all'utilizzo del lavoro supplementare, considerata la facoltà di destinare i lavoratori, quelli assorbiti e gli altri, secondo le logiche organizzative aziendali.

18.7. L'adempimento della clausola sociale quanto al numero dei lavoratori da assorbire si misura anche rispetto ai *"rapporti di lavoro, in essere al momento del subentro"* (art. 23 del capitolato amministrativo).

I dipendenti da assorbire sono quindi individuati facendo riferimento al momento del subentro.

Dei 58 dipendenti elencati nella tabella A, 45 sono a tempo indeterminato e 13 a tempo determinato.

Ai sensi dell'art. 2 lett. c della delibera n. 1431 del 2020, *"nel caso in cui in data antecedente l'avvio del nuovo servizio venga formalizzata la cessazione del rapporto di lavoro di un dipendente indicato in tabella A, qualora l'appaltatore uscente abbia provveduto alla sostituzione con un nuovo dipendente nelle more dell'avvio del nuovo appalto, sussiste l'obbligo di garantire la continuità del rapporto di lavoro anche nei confronti del nuovo dipendente al costo in cui è stato assunto, se questo è pari o inferiore a quello del dipendente sostituito; se il costo è superiore la garanzia di continuità è garantita nella misura indicata in tabella A per il soggetto che ha sostituito"*.

In tale contesto risulta che:

- la durata dei contratti di lavoro a tempo determinato è pari a dodici mesi eventualmente rinnovabili, al ricorrere di determinate condizioni, di ulteriori dodici mesi ai sensi dell'art. 19 e ss. del d. lgs. n. 81 del 2015, sicché, nella specie, almeno una parte di tali rapporti lavorativi non sarebbe stata *"attuale"* al momento dell'avvio del *"nuovo"* appalto;

- Euro Promos nelle giustificazioni ha precisato che, *"visto l'elenco personale pubblicato in fase di gara, risultano n. 13 addetti a tempo determinato che potrebbero essere oggetto di turn over sia durante le procedure di cambio appalto, nel caso in cui gli stessi non fossero stati riconfermati dall'attuale fornitore nel periodo di esperimento della gara, ovvero nel corso dell'appalto"*;

- la circostanza non è stata specificamente smentita dall'appellante, pur essendo il gestore uscente e quindi essendo in possesso dei relativi dati, come dà conto la sentenza appellata (*"Pulinet, gestore uscente, pur nelle condizioni di provare direttamente l'intervenuta stabilizzazione di tale personale o di riassunzione di altro personale in sostituzione dello stesso, non ha prodotto in giudizio alcuna prova in tal senso"*).

Sicché non risultano elementi circostanziati in ordine all'avvenuto avvicendamento del personale a tempo determinato, non essendo quindi conducenti gli assunti implicitamente fondati sull'asserita impossibilità di tenere conto del turn over (anche al fine di ricorrere al lavoro supplementare).

Neppure si apprezza la contraddittorietà fra il contenuto dei giustificativi, nei quali l'aggiudicataria ha fatto riferimento alla possibilità di fruire di sgravi contributivi in ragione della possibilità di un turn over del personale risultante a tempo determinato dall'elenco degli addetti "sia durante le procedure di cambio appalto nel caso in cui gli stessi non fossero stati riconfermati dall'attuale fornitore nel periodo di esperimento della gara", "ovvero nel corso dell'appalto". E ciò in quanto detta affermazione tiene conto non solo della presenza di tredici lavoratori a tempo determinato al 15 aprile 2022 (rispetto ai quali non risultano avvicendamenti) ma anche dell'autonomia organizzativa che consente a un'azienda avente il rilevante numero di dipendenti sopra richiamato di destinare alla commessa soggetti diversi da quelli assorbiti, aventi differenti rapporti contrattuali (oltre al fatto che, su un numero così rilevante di dipendenti, non sono esclusi casi di cessazione del rapporto di lavoro, anche a tempo indeterminato).

L'aggiudicataria ha poi dichiarato che i lavoratori che assorbirà dal gestore uscente saranno assunti a tempo indeterminato (*"la ditta trasformerà i dipendenti oggetto di clausola sociale da tempo determinato a tempo indeterminato"*), così dal verbale 25 settembre 2023, oltre che nei giustificativi, con riferimento all'aliquota irap).

Contrariamente a quanto ritenuto dall'appellante (*"non si comprende per quale ragione la deducente avrebbe dovuto provare l'intervenuta stabilizzazione del personale a tempo determinato o l'assunzione di altro personale in sostituzione dello stesso"*) detto impegno non richiede di essere giustificato, attesa l'autonomia organizzativa dell'impresa, né mette in dubbio la possibilità di utilizzo del lavoro supplementare, anche considerando che non interviene sul numero dei dipendenti da assorbire, individuati facendo riferimento al momento del subentro, né sulla relativa destinazione (lavorativa).

18.8. In tale contesto, e considerato quanto sopra argomentato, l'assorbimento del personale trasferito dal gestore uscente non impedisce l'utilizzo del lavoro supplementare, così non rendendo irragionevole il complessivo giudizio di congruità riguardante l'offerta dell'aggiudicataria.

Sicché, in mancanza di altri dati, non risultano conducenti le quantificazioni del costo della manodopera presentate dall'appellante in relazione al conteggio del costo della manodopera dell'aggiudicataria, decurtato dalla considerazione del ricorso al lavoro supplementare (*"il costo triennale della manodopera diviene pari a € 1.370.210,38, con una differenza di € 48.781,77"*).

rispetto a quanto indicato da Euro&Promos”).

18.9. Ne deriva altresì l'infondatezza del profilo dell'immodificabilità dell'offerta, in quanto, come illustrato, l'impegno al rispetto della clausola sociale non è di per sé incompatibile, in mancanza di ulteriori deduzioni e attestazioni, con il ricorso al lavoro supplementare. Sicché, considerato quanto già sopra scrutinato in merito all'infondatezza della censura di asserita modificazione in giudizio dell'offerta in ragione del riferimento all'impiego del personale assorbito in attività diverse da quelle di esecuzione della commessa oggetto della gara controversa, l'appellante non ha comprovato l'avvenuta modificazione dell'offerta nel senso del superamento dell'iniziale impegno all'assorbimento del personale in precedenza impiegato dal gestore uscente a cagione del ricorso al lavoro supplementare.

Né, per gli stessi motivi, può al contrario ritenersi che l'offerta dell'aggiudicataria è incongrua in presenza dell'impegno ad assorbire il personale impiegato dal gestore uscente per l'esercizio della commessa.

Entrambe le alternative prospettate dall'appellante muovono dal presupposto, già sopra superato, di incompatibilità *ex se* fra impegno ad assorbire il personale di cui alla tabella A e ricorso al lavoro supplementare.

19. Con successive censure l'appellante ha riproposto le doglianze dedotte nel corso del giudizio di primo grado circa un'asserita sottostima nell'offerta dell'aggiudicataria, che non avrebbe considerato che:

- i cinque dipendenti a tempo determinato di primo livello elencati nella Tabella A e oggetto di riassorbimento sarebbero automaticamente già passati al secondo livello dopo i primi 9 mesi di effettivo servizio;
- la platea dei dipendenti beneficiari dell'anzianità forfettaria sarebbe più ampia di quanto stimato dalla Euro Promos.

19.1. Le censure sono infondate.

19.2. Secondo l'appellante l'aggiudicataria ha erroneamente indicato nelle proprie giustificazioni cinque addetti di primo livello, mentre tali lavoratori *“andavano considerati come inquadrati al 2° livello per effetto della previsione di cui all'art. 10 del CCNL di riferimento, a termini del quale “appartengono altresì a questo livello [il 1° livello, NDR] i lavoratori del II livello di prima assunzione nel settore per i primi nove mesi di svolgimento di effettivo servizio”*.

Detto errore è quantificato dall'appellante in termini di un (ulteriore) incremento del costo pari a € 12.614,34.

Il Tar ha ritenuto detta censura inammissibile per mancato superamento della prova di resistenza, trovando compensazione (insieme all'asserito maggior costo derivante dal calcolo dell'assenteismo, su cui *infra*, per una cifra pari a euro 13.845,78) in altre voci, quali l'utile di

impresa pari ad euro 7.171,83 e la riserva pari a 21.000 euro, accantonata a titolo prudenziale per far fronte a eventuali “*altri costi riconducibili alla manodopera*”).

Il Collegio ritiene che la critica dell'appellante non sia conducente in quanto la censura, oltre che inammissibile in quanto compensata da voci positive, è comunque infondata in quanto:

- come visto, l'art. 23 del capitolato amministrativo, richiamato dall'art. 15.3.1 del disciplinare (in conformità all'art. 32 comma 4 bis della l.p. n. 2 del 2016), stabilisce che la continuità nei rapporti di lavoro compresi nella clausola sociale debba essere garantita “*con riguardo all'anzianità e al monte ore di lavoro, esistenti alla data del 15.04.2022*”: pertanto, considerato il principio generale in base al quale “*in mancanza di specifiche disposizioni contenute nella lex specialis, non è configurabile un obbligo di inquadramento del personale assorbito allo stesso livello di anzianità posseduto*” (Cons. St., sez. V, 5 aprile 2024 n. 3144) non può ritenersi che alla clausola possa essere dato un contenuto diverso rispetto a quello espressamente indicato, che fa riferimento alla situazione esistente al 15 aprile 2022;

- né depone in senso contrario la clausola sociale codificata nella *lex specialis*, che prescrive l'obbligo di garantire “*la continuità dei rapporti di lavoro, in essere al momento del subentro, del personale già impiegato nei servizi oggetto di gara*”, che è aspetto diverso dalla garanzia delle condizioni economiche precedenti, fra le quali l'anzianità, che sono garantite avendo come riferimento la data del 15 aprile 2022 (che altrimenti la previsione di detta ultima data nell'art. 15.3.1 del disciplinare non avrebbe ragion d'essere);

- l'appellante, in quanto gestore uscente, ha necessariamente compilato la tabella facendo riferimento alla situazione esistente a quella data;

- nella tabella A non si trovano riferimenti alla circostanza che i cinque dipendenti a tempo determinato ivi indicati come inquadrati al primo livello sarebbero in realtà “*lavoratori del II livello di prima assunzione nel settore per i primi nove mesi di svolgimento di effettivo servizio*”;

- l'art. 10 del ccnl di riferimento, richiamato dalle parti, stabilisce che, con riferimento al primo livello, che “*appartengono altresì a questo livello i lavoratori del II livello di prima assunzione nel settore per i primi nove mesi di svolgimento di effettivo servizio*”, così presupponendo che al primo livello non appartengano solamente tale categoria di lavoratori;

- tredici lavoratori sono assunti a tempo determinato, sicché non è dato sapere se la problematica può essere agli stessi riferita.

Pertanto, la censura non supporta un giudizio di irragionevolezza della complessiva valutazione di congruità riguardante l'offerta dell'aggiudicataria, considerate le sopra richiamate caratteristiche della stessa.

19.3. Per le medesime ragioni è infondata anche la doglianza relativa all'anzianità forfettaria.

Secondo l'appellante “*in relazione ai 58 addetti di 2° livello con monte ore lavorato annuale*

pari a 25.682 ore, la percentuale che, alla data prevista per l'inizio dell'appalto (01.02.2024), non risulterà aver maturato l'anzianità forfettaria non è del 30% ma del 22,14%; detta percentuale è destinata a ridursi a circa il 10% nel 2024 fino ad azzerarsi nell'ultimo anno dell'appalto".

Senonché, come già detto, le condizioni economiche precedenti, che comprendono l'anzianità, che debbono essere assicurate dal nuovo gestore in adempimento della clausola sociale, sono da riferire al 15 aprile 2022, pertanto il riferimento al primo febbraio 2024 non risulta determinante, oltre alla connaturale incertezza in ordine ad aspetti non evincibili dalla tabella A (come già illustrato), considerata anche la possibilità di impiegare aliunde il personale assorbito.

20. Con ulteriore censura l'appellante ha dedotto le criticità derivanti dalla previsione, ai fini del calcolo del costo orario medio della manodopera, di minori assenze sulla base delle statistiche aziendali, con conseguente calcolo del costo della manodopera sulla base di un monte ore lavorato medio annuo, pari a 1.597 ore, maggiore di quello esposto nelle tabelle ministeriali.

Da un lato la minore incidenza delle assenze rende, secondo l'appellante, *"evidente l'inutilizzabilità del lavoro in regime supplementare"*.

Dall'altro lato, l'aggiudicataria non avrebbe potuto valorizzare *"dati storici aziendali che riguardano maestranze diverse"*, dal momento che *"lo scostamento dalle tabelle ministeriali può essere giustificato in ragione del minor tasso di assenteismo aziendale solo con riguardo al personale già in forza al concorrente"*.

Infine tali dati storici non sarebbero *"stati nemmeno documentalmente provati in fase di verifica dell'anomalia"*, né sarebbero del tutto coerenti (con i costi del personale esposti dall'aggiudicataria).

Inoltre non sarebbero coperti i costi derivanti dalla previsione di misure premiali.

20.1. Il Tar ha ritenuto la censura relativa alle assenze inammissibile per mancato superamento della prova di resistenza, dal momento che il maggiore costo pari a euro 13.845,78 trova compensazione (insieme all'asserito maggior costo derivante dall'erroneo inquadramento di cinque addetti di primo livello, di cui sopra, per una cifra pari a € 12.614,34) in altre voci, quali l'utile di impresa pari ad euro 7.171,83 e la riserva pari a 21.000 euro, accantonata a titolo prudenziale per far fronte a eventuali "altri costi riconducibili alla manodopera".

20.2. Il Collegio ritiene che la critica dell'appellante non sia conducente in quanto la censura, oltre che inammissibile in quanto compensata da voci positive, è comunque infondata.

20.3. I primi due profili che compongono la censura si fondano sul presupposto che la commessa sarà eseguita dal personale assorbito, circostanza già superata sopra in ragione dell'autonomia organizzativa dell'impresa.

L'assunto non è conducente né rispetto al profilo dell'incompatibilità con l'obbligo di assorbimento, considerato anche che si è sopra evidenziato come il lavoro supplementare costituisca una modalità ordinaria di organizzazione aziendale, né rispetto al profilo dell'inattendibilità del dato di assenza considerato ai fini del calcolo del personale da assorbire. Peraltro, a tale riguardo, è stata ritenuta ammissibile "l'estensione anche al personale assunto in forza della clausola sociale (ed analoghe considerazioni devono valere anche per il personale neoassunto, peraltro limitato a tre unità lavorative) dei medesimi fattori di riduzione del costo del lavoro applicabili al personale già alle dipendenze dell'assuntore subentrante, inclusi quelli relativi ai tassi di assenteismo reali per "malattia, infortunio e maternità" e "permessi e assemblee" (Cons. St., sez. V, 4 maggio 2020 n. 2796 e 6 settembre 2022 n. 7762).

Quanto all'attendibilità del dato storico esposto, la differenza rispetto al dato indicato nelle tabelle ministeriali di riferimento è modesto, pari a 16 ore annue, tenuto conto che la Tabella ministeriale indica un dato di 1581 ore a fronte delle 1597 considerate dall'aggiudicataria.

Il dato è rilevante dal momento che la stazione appaltante "*non è poi tenuta a chiedere chiarimenti su tutti gli elementi dell'offerta e su tutti i costi, anche marginali, ma può legittimamente limitarsi alla richiesta di giustificativi con riferimento alle voci di costo più rilevanti, in grado di incidere sulla complessiva attendibilità dell'offerta sì da renderla non remunerativa e inidonea ad assicurare il corretto svolgimento del servizio*" (Cons. St., sez. V, 26 giugno 2024 n. 5628).

Pertanto non è di per sé censurabile la produzione di statistiche aziendali, rispetto a un dato così marginale.

Non modificano la valutazione di marginalità, derivante anche dal costo complessivo imputato dall'appellante rispetto all'asserita sottostima, l'incidenza della maturazione degli istituti indiretti durante le assenze per malattia, infortunio, e congedo di maternità/paternità o parentale, l'asserita trascurabilità della sovrastima aziendale e il mancato utilizzo di dati prudenziali e la valorizzazione in euro del monte ore per il diritto allo studio e permessi sindacali, considerato anche che alcune di detta considerazioni neppure si riverberano sul costo del personale aumentandolo.

20.4. Quanto poi alla deduzione di mancata copertura dei costi per le misure premiali, che l'appellante non ha quantificato e che la controinteressata ha determinato in una forbice fra € 3.303,57 e € 6.607,14, essa risulta compensata dalle voci sopra richiamate, cioè dall'utile, esposto dalla controinteressata Euro Promos nei giustificativi, pari a € 7.172,83 e a una voce destinata a costi aggiuntivi manodopera pari a € 21.000,00, che ammontano a complessivi 28.171,83 euro. E ciò anche considerando che le censure (dichiarate inammissibili dal Tar), tese a dimostrare maggiori costi per euro 13.845,78 per l'asserito maggior assenteismo e per euro 12.614,34 per il supposto erroneo inquadramento di cinque addetti di primo livello, per la cifra complessiva di euro 26.460,12 euro, sono infondate, come sopra illustrato, e non richiedono pertanto di essere compensate.

Comunque, anche a ritenere inammissibili entrambe le suddette censure in quanto

compensate per una cifra totale di euro 26.460,12, nondimeno si può ritenere che, oltre a esse, anche il supposto maggior costo per le misure premiali trovi compensazione nell'ambito dell'offerta dell'aggiudicataria complessivamente considerata.

Ciò in quanto nei giustificativi si trova un riferimento alla "riserva di spesa", pari a euro 50.000,00 (che si aggiunge alle voci dell'utile pari € 7.172,83 e dei costi aggiuntivi della manodopera pari a € 21.000,00), derivante da *"l'applicazione dei dati aziendali, cautelativamente non applicati nella determinazione del costo del lavoro"* e da *"nuove assunzioni che possano beneficiare di sgravi contributivi"*.

La previsione della riserva trova fondamento, nei giustificativi, ne *"l'applicazione dei dati aziendali, cautelativamente non applicati nella determinazione del costo del lavoro"* e in *"nuove assunzioni che possano beneficiare di sgravi contributivi"*. L'elencazione (contenuta nei giustificativi) degli sgravi contributivi alla base di detta riserva non è indicata in modo tassativo, come risulta dal tenore letterale (*"la scrivente potrà integrare il personale con nuove assunzioni che possano beneficiare di sgravi contributivi, tra gli altri"*).

In disparte il fatto che le nuove assunzioni non sono, per i motivi già sopra illustrati e considerata l'autonomia organizzativa dell'impresa, oltre che il numero dei dipendenti della stessa, in contrasto con il rispetto della clausola sociale, non è escluso che l'aggiudicataria possa beneficiare di incentivi che migliorino la spesa del personale. Né rileva specificamente che alcuni degli incentivi elencati nei giustificativi siano venuti meno (l'incentivo under 36), atteso che ne permangono altri di quelli citati nei documenti di gara dall'aggiudicataria (donne over 50 oppure disoccupate da almeno 24 mesi) e ne sono stati introdotti altri, tra i quali la controinteressata ha richiamato, fra l'altro, l'assunzione di beneficiari dell'assegno inclusione e di under 30.

Piuttosto l'incertezza riguarda l'ammontare della riserva.

In ogni caso, l'onere dei maggiori costi per le misure premiali non coperto dall'utile e dai costi aggiuntivi della manodopera (se destinati a compensare anche i maggiori costi per l'asserito maggior assenteismo e per il supposto erroneo inquadramento di cinque addetti di primo livello) è di ammontare estremamente ridotto. Sicché, considerando anche di ridurre entro di dieci volte la riserva di 50.000,00 euro, si può ritenere complessivamente sostenibile l'offerta dell'aggiudicataria.

20.5. Con riferimento invece all'asserita contribuzione aggiuntiva dovuta all'Inps e all'irap dovuta per il personale a tempo determinato si rileva che la conseguente deduzione, che comporta, in tesi, un aumento del costo del personale, si fonda sulla circostanza che l'impegno dell'aggiudicatario ad assorbire il personale trasferito dal gestore uscente non tenga conto della presenza di personale a tempo determinato.

Nondimeno detta circostanza non è rilevante, considerato che, come e nei termini già illustrati sopra, l'impegno dell'aggiudicatario ad assumere con contratto a tempo indeterminato il personale assorbito dal gestore uscente è compatibile con la clausola sociale.

20.6. Infine non risulta determinante, considerata l'infondatezza delle censure nei termini sopra illustrati, la doglianza finalizzata a comprovare l'inaffidabilità della riserva di spesa di 50.000,00 euro (che si aggiunge alle voci dell'utile pari € 7.172,83 e dei costi aggiuntivi della manodopera pari a € 21.000,00), atteso che non determina l'insostenibilità dell'offerta complessivamente considerata, se non per il ridottissimo importo destinato a compensare i maggiori costi per le misure premiali, nei termini prudenziali già sopra illustrati.

: anche a ritenere che quest'ultima non sia stata formulata nei termini prudenziali che comprendono detta riserva (di spesa), ciò non determina, di per sé solo, la previsione di una perdita.

21. Pertanto, le suddette censure non supportano un giudizio di irragionevolezza della complessiva valutazione di congruità riguardante l'offerta dell'aggiudicataria, considerate le sopra richiamate caratteristiche della stessa.

22. In conclusione l'appello di Pulinet è da respingere.

L'appello incidentale di Euro Promos è improcedibile in quanto proposto in via subordinata, *"nella denegata ipotesi in cui Codesto Ecc.mo Consiglio di Stato dovesse aderire all'infondata (e illogica) prospettazione avversaria in relazione all'interpretazione rigida della clausola sociale"*.

23. La particolarità e la novità delle questioni giuridiche sottese alla presente controversia giustificano la compensazione delle spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando:

- respinge l'appello di Pulinet Servizi s.r.l.;
- dichiara improcedibile l'appello incidentale di Euro & Promos FM s.p.a.

Spese del presente grado di giudizio compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Guida alla lettura

Con sentenza n. 9036/2024, la V Sezione del Consiglio di Stato si è pronunciata, ancora una volta, sul tema della cd. **clausola sociale** delineando una ricostruzione approfondita ed appagante dell'istituto in un'ottica di **equilibrio tra mantenimento dei livelli occupazionali del precedente appalto e libertà d'impresa**.

La decisione, infatti, molto lunga ed articolata, appare degna di nota più che nella parte in cui la Sezione analizza (partitamente) i motivi di appello, in quella in cui il Collegio, con argomentare molto ampio e dettagliato, pone la **previsione della clausola sociale** di cui alla **L. provinciale Trento n. 2/2016** al vaglio dei principi nazionali ed eurocomunitari maturati sul tema.

L'*iter* argomentativo dell'appellante incidentale risulta incentrato sul ritenere illegittima la clausola sociale di bando che, a suo avviso, in conformità alla detta previsione normativa provinciale, potrebbe essere interpretata alla stregua di una **clausola sociale rigida**, ovvero di mero obbligo assunzionale del personale uscente, con richiesta, in questa prospettiva, della relativa disapplicazione/annullamento.

Ritiene, di contro, il Collegio che la detta **normativa provinciale** impone il riassorbimento *"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 definita dal nuovo assunto"*, come altresì richiesto dalle Linee guida Anac n. 13.

Dalla indicata disciplina si desume, quindi, che: a) l'impegno assunzionale riguarda tutto il personale impiegato dal gestore uscente per l'esecuzione della commessa; b) deve essere garantita la continuità dei rapporti di lavoro; c) è riconosciuta la facoltà di armonizzare successivamente l'organizzazione del lavoro, previo confronto sindacale; d) l'assunzione è effettuata garantendo a ciascun dipendente le condizioni economiche precedenti.

La disciplina richiamata non esclude, quindi, la successiva **armonizzazione della clausola sociale** con l'organizzazione aziendale, prevedendo un'attuazione elastica della stessa. Né può ritenersi che lo specifico impegno di assorbire il personale escluda la successiva armonizzazione con le prerogative di autonomia imprenditoriale in quanto, innanzitutto, la facoltà di armonizzazione è dettata proprio in relazione all'impegno di assorbire tutto il personale. In secondo luogo la possibilità di impegnarsi a riassorbire solo parte del personale impiegato presso il gestore uscente in presenza di innovazioni tecnologiche o della disponibilità di proprio personale dipendente che possa essere destinato all'esecuzione dell'appalto non vale a rendere maggiormente elastico l'impegno ma interviene sulla quantità (di dipendenti) oggetto dell'impegno iniziale. Sicché non può ritenersi che la possibilità di armonizzazione successiva sia connaturale soltanto all'impegno di riassorbimento parziale.

Detta interpretazione della clausola sociale è, quindi, in linea con il consolidato **orientamento giurisprudenziale**, in base al quale deve consentirsi un'**applicazione elastica e non rigida della clausola sociale di cui all'art. 50 del d. lgs. n. 50 del 2016**, per contemperare l'obbligo di mantenimento dei livelli occupazionali del precedente appalto con la libertà d'impresa e con la facoltà in essa insita di organizzare il servizio in modo efficiente e coerente con la propria organizzazione produttiva, al fine di realizzare economie di costi da valorizzare a fini competitivi nella procedura di affidamento dell'appalto (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 1° agosto 2023 n. 7444).

È da ritenersi, altresì, conforme anche ai **principi nazionali ed eurounitari** in materia di libertà di iniziativa imprenditoriale e di concorrenza, condizionati con la clausola sociale al fine

di perseguire interessi socialmente rilevanti, come il diritto al lavoro. Già nella **prospettiva costituzionale** (artt. 1, 41 e 117 comma 2 lett. e), nella quale la stessa norma chiave sulla libertà economica funzionalizza quest'ultima all'utilità sociale (art. 41 comma 2 Cost.), la clausola sociale è ritenuta avente una portata elastica, condizionata al giudizio di compatibilità delle scelte organizzative degli operatori economici, così da evitare il sacrificio totale delle esigenze (organizzative) imprenditoriali, che comporterebbe il venir meno del nucleo distintivo dell'attività imprenditoriale, appunto l'organizzazione a proprio rischio (e quindi a propria scelta) di mezzi e risorse (Corte cost. 19 giugno 1998 n. 226 e 3 marzo 2011 n. 68). La cornice nella quale sono state rese dette pronunce è quella di **bilanciamento delle tutele sociali non solo con le libertà economiche** ("minore apertura dei servizi alla concorrenza", così la sentenza n. 68 del 2011) **ma anche con le prerogative pubblicistiche di buon andamento dell'attività amministrativa**, considerando "il *maggior onere derivante dall'obbligo posto all'affidatario di assumere «a tempo indeterminato» il personale già utilizzato*" (sentenza n. 68 del 2011). Detta ultima prospettiva finisce per intercettare il tema della stessa **soddisfazione delle esigenze della collettività di riferimento**, in ragione del costo della commessa pubblica e delle correlate prerogative di scarsità di risorse pubbliche, con conseguenza necessità dell'Amministrazione di temperare le esigenze occupazionali con la soddisfazione di altri bisogni della collettività. In tal modo, dunque, il grado elastico di vincolatività della clausola sociale di assorbimento del personale si fonda non solo sul bilanciamento delle tutele del lavoro con l'art. 41 Cost. ma anche sul principio, tipicamente pubblicistico, di buon andamento dell'azione amministrativa.