

Appalti, esternalizzazioni e legalità

Diritti dei lavoratori e prerogative del sindacato

13 NOVEMBRE 2018 - 15,00 -20,00 - SALA DEL TEMPIO DI ADRIANO CAMERA DI COMMERCIO - PIAZZA DI PIETRA - ROMA

Solveig COGLIANI

Tutele occupazionali negli appalti pubblici

1 – Il punto di partenza.

Il tema è di grande attualità poiché il d.lgs. n. 50 del 2016 (di seguito Codice dei contratti pubblici), come modificato dal d.lgs. n. 56 del 19 aprile 2017 (c.d. decreto correttivo) prevede espressamente all'art. 50: “1. *Per gli affidamenti dei contratti di concessione e di appalto di lavori e servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale, **con particolare riguardo a quelli relativi a contratti ad alta intensità di manodopera**, i bandi di gara, gli avvisi e gli inviti **inseriscono, nel rispetto dei principi dell'Unione europea, specifiche clausole sociali volte a promuovere la stabilità occupazionale** del personale impiegato, prevedendo l'applicazione da parte dell'aggiudicatario, dei contratti collettivi di settore di cui all'articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81. I servizi ad alta intensità di manodopera sono quelli nei quali il costo della manodopera è pari almeno al 50 per cento dell'importo totale del contratto*”.

Si tratta evidentemente di una profonda innovazione rispetto alla precedente formulazione che conteneva una mera facoltà di inserimento delle clausole sociali, al fine di garantire la stabilità del posto di lavoro.

Quanto alla lettera della norma vale notare sin d'ora come essa contenga una nozione più puntuale rispetto a quale più ampia recata dall'art. 3 co. 1 lett. qqg) del Codice (“*«clausole sociali», disposizioni che impongono a un datore di lavoro il rispetto di determinati standard di protezione sociale e del lavoro come condizione per svolgere attività economiche in appalto o in concessione o per accedere a benefici di legge e agevolazioni finanziarie*”).

La disposizione tiene conto delle indicazioni contenute nelle direttive 23/24/25 UE, considerando nn. 37,93,99 e art. 18 par. 2 e art. 70 della direttiva 24.

Le indicazioni delle direttive sono state recepite peraltro dalla legge delega all'art. 1 lett. fff) e ggg) ma anche ddd) ai fini della valutazione delle offerte (cfr. art. 95 co. 6 del Codice, nel senso della sostenibilità sociale e ambientale).

L'ANAC ha inteso emanare un atto regolatorio a riguardo, sottoponendo la bozza di Linee guida al parere del Consiglio di Stato, dopo aver svolto un'ampia consultazione, proprio in considerazione del rilevante impatto della norma su tutto il settore dei contratti pubblici e su tutti i soggetti (stazioni appaltanti, operatori economici, lavoratori, enti esponenti), se si considera che - come ricordato dall'Autorità - il settore degli appalti di servizi *labour intensive* corrisponde annualmente a circa 3 miliardi di euro e a 4.000 aggiudicazioni.

2 – Le questioni sul tappeto.

Mi pare che l'intervento di oggi debba avere il proprio *focus* su due tematiche:

- a) con riguardo agli appalti diversi da quelli *labour intensive* la previsione della clausola sociale da parte della stazione appaltante è facoltativa o obbligatoria?
- b) l'obbligo di riassorbimento si deve armonizzare con l'organizzazione dell'impresa prescelta dall'operatore economico subentrante oppure no? E soprattutto vi è una differenza per il caso in

cui l'obbligo sia previsto dal bando *ex lege* oppure dall'adesione dell'imprenditore al contratto collettivo?

Seppure ve ne sono altre altrettanto importanti, quali l'estensione delle clausole al subappalto o i momenti di rilevanza dell'eventuale inosservanza, l'individuazione esatta dei servizi intellettuali e l'eventuale predominanza negli appalti misti, nonché la specificazione dell'utilizzo 'marginale' del personale.

3 – La prospettiva.

Sui temi appena accennati si sono – come precisato – confrontati ampiamente gli stakeholders e sulla base di tale dibattito sono state elaborate le Linee guida, tuttora, al vaglio del Consiglio di Stato.

Si deve precisare che si tratta di un atto regolatorio non vincolante, sicché l'effettiva interpretazione ed attuazione della norma non potrà prescindere dal concreto atteggiarsi dell'attività amministrativa e dall'eventuale operazione ermeneutica della giurisprudenza non solo amministrativa, ma anche civile, soprattutto per quanto concerne le eventuali violazioni in sede esecutiva, seppur non può che auspicarsi una concorde applicazione da parte delle pubbliche amministrazioni, ai fini del mantenimento di un minimo di coerenza del sistema e di garanzia di certezza dell'ordinamento.

Accennavo in un ultimo intervento su una diversa tematica come parafrasando Zygmunt Bauman potremmo dire che nel nostro mondo i diritti e le libertà 'vagano' alla ricerca di tutela e gli strumenti di tutela 'fluttuano' alla ricerca dei diritti.

In effetti, a guardar bene, l'attuale assetto della disciplina dei contratti pubblici emerge come l'operazione di 'alleggerimento' voluta dal legislatore nel senso di una semplificazione normativa a fronte del divieto di *gold plating* abbia reso la materia assai 'liquida', rimettendo al lavoro dell'interprete la ricerca della coerenza del sistema, di fronte al moltiplicarsi delle istanze di tutela.

Non si può non iniziare col notare che – a fronte delle questioni aperte che si sono sopra elencate – in vero la formulazione della norma sembri contenere un unico imperativo. La problematica, tuttavia, non è poi così semplice se si riflette già sul fatto che la norma è contenuta in un codice che è dichiaratamente emanato come disciplina attinente alla concorrenza. In esso TUTELA DEL LAVORO-LIBERTA' INIZIATIVA PRIVATA- CONCORRENZA si confrontano, senza che da ciò si possa prescindere.

E' necessario partire col ricordare che **l'art. 1 della nostra Costituzione** esordisce con un'affermazione solenne: *«l'Italia è una repubblica democratica fondata sul lavoro»*, che non può che significare che non solo che il lavoro determina la prosperità ed il benessere della vita ma anche che da tale dichiarazione discendono vari diritti che numerosi articoli della medesima Carta costituzionale espongono.

L'art. 41, di seguito, stabilisce la libertà dell'iniziativa economica privata sia pur condizionandola a che essa non si svolga in contrasto con l'utilità sociale o a danno della sicurezza, della libertà o della dignità umana. Esso aggiunge che, *«la legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali»*.

Tuttavia, non può dimenticarsi che **la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (c.d. Carta di Nizza)**, differentemente dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (di seguito: Convenzione EDU), contempla quali principi fondamentali la libertà d'impresa e la tutela dei consumatori.

A seguito dell'approvazione del **Trattato di Lisbona, avvenuta il 1° dicembre 2009, l' art. 6 del Trattato sull'Unione europea** afferma che *“L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ... che ha lo stesso valore giuridico dei Trattati”*.

Nell'ordinamento nazionale il processo di acquisizione della tutela della concorrenza e del mercato è un'esperienza recente, come dimostrano ad es. l'introduzione solo nel 1990 - con la legge n. 287 - di una disciplina antitrust nazionale, l'inserimento per la prima volta nella Costituzione - all'art. 117, comma 2 - della parola "concorrenza" a seguito della riforma del titolo V nel 2001 e - come si è già accennato - nella disciplina dei contratti pubblici (già in vero nel precedente codice); ma anche le pronunzie della Suprema Corte (Sez. Unite n. 2207 del 2005, che ha per la prima volta riconosciuto al consumatore il diritto al risarcimento del danno da condotta anticoncorrenziale); le sentenze della Corte costituzionale - tra le quali la n. 178 del 2014 - che hanno ricondotto le misure legislative di liberalizzazione delle attività economiche - comprese le professioni intellettuali - alla materia «tutela della concorrenza» e del Consiglio di Stato (si veda ad es. l'Ad. Plen. 4/2016 sulla tutela della concorrenza e sulla tutela del consumatore da pratiche commerciali lesive; sul riparto di competenze tra il giudice amministrativo e l'AGCM in tema di applicazione del codice del consumatore o del codice delle comunicazioni elettroniche ed in ordine alla nuova interpretazione del principio di specialità in materia, anche alla luce del diritto europeo, la n. 4/2018 sulla possibilità di impugnare il bando da parte di chi non ha presentato domanda di partecipazione e sulla immediata impugnazione delle clausole del bando di gara che non rivestano portata escludente).

Il nostro ordinamento e la norma fondamentale sono saldamente ancorati alla tutela dei diritti fondamentali (come del resto anche la Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 1950, poiché entrambe nascono dall'esigenza di superare gli orrori della seconda guerra mondiale), l'Europa si sviluppa nel segno dei valori della concorrenza e del mercato. Ed è recente l'idea dell'avvicinamento degli ordinamenti e delle legislazioni quali via privilegiata per il rafforzamento dell'Unione.

Ecco che, infatti, nel nostro ordinamento era elaborata la c.d. teoria dei controlimiti (sentenza della Corte cost. n. 170 del 1984), secondo la quale i diritti fondamentali prevalgono anche sul diritto dell'Unione europea che si ponesse eventualmente in contrasto con essi (nello stesso senso anche più di recente la sentenza n. 238 del 2014).

Tuttavia, la tematica del rapporto di valore tra diritti fondamentali ed altre libertà ha subito anch'esso un radicale spostamento di asse se si pensa che nei Trattati dell'Unione europea i principi del diritto comunitario sono in sostanza sullo stesso piano, determinando una necessaria impostazione di bilanciamento tra le varie libertà ed i diritti ed anzi la parola fondamentali è associata primariamente alle libertà in una diversa ottica in cui si ritiene che funzione essenziale del mercato sia la crescita della ricchezza ma anche la realizzazione e il conseguimento di diritti fondamentali.

Tuttavia, vale ancora evidenziare che nell'operazione di bilanciamento l'orientamento della giurisprudenza costituzionale - nn. 348 e 349 del 2007 - subordina la validità delle norme interne al rispetto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ed anche l'interpretazione di questa agli orientamenti della Corte di Strasburgo ma nel senso di affermare un *"ragionevole e proporzionato bilanciamento tra i diversi interessi, di rango costituzionale, implicati dalle scelte legislative, specialmente quando esse siano suscettibili di incidere sul godimento di diritti fondamentali"* (le sentenze nn. 172 del 2012, 245 del 2011).

Di contro la Corte costituzionale ha anche affermato che in un sistema informato al principio della libertà dell'iniziativa economica, i limiti consentiti dovrebbero essere funzionali alla tutela dell'utilità sociale e della libertà, sicurezza e dignità umana (sentenza n. 267 del 2016).

In tale contesto, dunque, forse la possibilità di effettivo bilanciamento e di coerenza del sistema è quella indicata dallo stesso legislatore costituente laddove indica il concetto di utilità sociale, intesa non solo quale insieme di "diritti sociali", ma quale un novero di interessi della collettività considerata nel suo insieme.