

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRIESTE

Publicazioni del Dipartimento
di Scienze Giuridiche, del Linguaggio, dell' Interpretazione e della Traduzione
Sezione Giuridica

- 8 -

a cura di

EDOARDO N. FRAGALE e GIULIA MILO

con la collaborazione di

LAURA SANCILIO

I NUOVI APPALTI PUBBLICI

Raccolta di saggi sul Codice dei contratti
(D.Lgs. n. 36/2023)

EUT



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI
DI TRIESTE

I saggi raccolti nel volume riproducono, con gli opportuni adattamenti, gli interventi svolti dagli Autori in un corso sugli appalti organizzato dal Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Trieste. L'ambizione di questo lavoro non è di offrire un commento analitico alle molteplici disposizioni del codice, ma di tracciare, piuttosto, un primo bilancio attorno ad alcuni istituti del settore delle pubbliche commesse; gli scritti selezionati riguardano, tra l'altro, la programmazione, le procedure di acquisto, il partenariato, la sostenibilità ambientale e sociale nonché gli affidamenti sotto soglia.

EDOARDO N. FRAGALE è abilitato alle funzioni di professore di seconda fascia, nonché avvocato cassazionista; attualmente è in servizio come ricercatore a tempo determinato presso l'Università di Trieste.

È autore di diversi contributi in materia di giustizia amministrativa, amministrazione digitale, lavoro e dirigenza pubblica, distinzione tra politica e amministrazione, appalti, urbanistica, ambiente, energia e transizione ecologica.

GIULIA MILO è ricercatrice dell'Università di Trieste nonché avvocatessa cassazionista; è autrice di scritti in materia di servizi pubblici, governo del territorio, appalti e giustizia amministrativa.



Euro 18,00

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRIESTE

Pubblicazioni del Dipartimento
di Scienze Giuridiche, del Linguaggio, dell'Interpretazione e della Traduzione
Sezione Giuridica

- 8 -

a cura di

EDOARDO N. FRAGALE e GIULIA MILO

con la collaborazione di LAURA SANCILIO

I NUOVI APPALTI PUBBLICI

Raccolta di saggi sul Codice dei contratti
(D.Lgs. n. 36/2023)



**Edizioni
Università
di Trieste**

Il presente volume è stato finanziato con i fondi del Dipartimento di Scienze giuridiche, del Linguaggio, dell' Interpretazione e della Traduzione.

FINALITÀ E AMBITO

La collana si propone come documento editoriale per rendere note alla comunità scientifica le ricerche dei docenti di area giuridica appartenenti al Dipartimento, le ricerche di giovani studiosi in formazione, le ricerche che costituiscono l'esito di attività seminariali e convegnistiche.

GARANZIA SCIENTIFICA

La scientificità delle pubblicazioni è garantita da un Comitato Scientifico composto da studiosi che rappresentano le diverse aree del settore giuridico e che, in quanto tali, sono in grado di certificare l'innovazione degli esiti delle ricerche per le quali si propone l'edizione e l'approccio metodologico seguito. I volumi pubblicati nella presente collana sono oggetto di procedure di doppio referaggio.

COMITATO SCIENTIFICO

Aebi-Müller Regina, Amadeo Stefano, Barberis Mauro Giuseppe, Barić Sanja, Bartole Sergio, Bianca Massimo, Cazzetta Giovanni, Cubeddu Maria Giovanna †, De Castro Camero Rosario, Dittrich Lotario Benedetto, Dolso Gian Paolo, Ferrante Riccardo, Ferretti Paolo, Fiorentini Francesca, Fiorentini Mario, Gialuz Mitja, Giangaspero Paolo, Henrich Dieter, Marino Concetta, Maternini Maria, Menghini Luigi, Meruzzi Giovanni, Nunin Roberta, Ofner Helmut, Pacia Romana, Padovini Fabio, Peroni Francesco, Pittaro Paolo, Johannes Michael Rainer, Raiti Giovanni, Spickhoff Andreas, Stevanato Dario, Venchiarutti Angelo, Ziviz Patrizia, Zoz Maria Gabriella.

COMITATO DI REDAZIONE

Il Comitato di Redazione è composto dai seguenti professori: Amadeo Stefano, Bianca Massimo, Ferretti Paolo, Giangaspero Paolo, Padovini Fabio.

MODALITÀ DI PUBBLICAZIONE

La collana, in linea con le politiche editoriali di EUT e dell'Università degli Studi di Trieste, prevede la pubblicazione online nella modalità ad accesso aperto, allo scopo di rendere liberamente disponibile la comunicazione scientifica. Accanto a questa modalità sono poi previste le più consuete pubblicazioni a stampa in tiratura limitata e/o su ordinazione degli autori.

COPYRIGHT

Tutte le pubblicazioni in formato digitale della collana vengono rilasciate con una licenza Creative Commons (CC BY-NC-SA 2.5 IT). Creative Commons 4.0 (BY-NC-ND).



UPI
UNIVERSITY
PRESS ITALIANE

Opera sottoposta a peer review
secondo il protocollo UPI - University Press Italiane

EUT Edizioni Università di Trieste 2024

ISBN 978-88-5511-593-3 (print)

ISBN 978-88-5511-594-0 (online)

EUT - Edizioni Università di Trieste

Via E. Weiss, 21 – 34128 Trieste

eut@units.it

<https://eut.units.it>

<https://www.facebook.com/EUTEdizioniUniversitaTrieste>

PREFAZIONE

Questa raccolta di saggi relativa al Codice dei contratti muove da una Convenzione stipulata tra Comune di Trieste e Dipartimento di Scienze Giuridiche, del Linguaggio, dell'Interpretazione e della Traduzione avente ad oggetto la realizzazione di un corso di formazione per funzionari dello stesso Comune.

Non è la prima volta che il Dipartimento di Scienze Giuridiche collabora con il Comune di Trieste: già qualche anno fa fu realizzato un corso di lezioni, in partnership anche con la Regione autonoma Friuli Venezia Giulia, sul Next Generation UE e sull'impatto di esso sulle amministrazioni pubbliche. Si tratta di una iniziativa confluita poi in un volume, tra i primi in materia, che ha raccolto molti degli interventi tenutosi nei primi mesi del 2022, dal titolo "Governare la ripresa. La pubblica amministrazione alla prova del Recovery Plan", pubblicato - come il presente volume - dal nostro Editore di Ateneo (EUT).

In questa, come nella precedente occasione, le amministrazioni coinvolte non hanno dimostrato solo la capacità di operare in modo congiunto per acquisire o migliorare le conoscenze necessarie per affi-

nare la loro capacità di azione, ma hanno esibito una particolare reattività rispetto a fenomeni nuovi e inediti o a sopravvenute modifiche normative. Questa è una caratteristica che non era così scontata fino a qualche tempo fa, faticando talvolta la PA a reagire in tempi celeri a situazioni nuove e imprevedibili. Negli ultimi anni, rispetto a tali situazioni, l'amministrazione è in verità divenuta via via più performante.

Questo spirito collaborativo tra amministrazioni dipende certo dalla sensibilità e dalla lungimiranza dei quadri direttivi di esse, nel nostro caso, per quanto riguarda il Comune di Trieste, dal suo Direttore generale dott. Fabio Lorenzut, ma comincia ad essere - e l'auspicio è che continui ad essere - un tratto distintivo, un modo di essere, delle amministrazioni pubbliche. Solo dalla sinergia tra esse e la loro azione congiunta e coordinata potranno scaturire soluzioni adeguate e tempestive rispetto alla complessità delle situazioni che la nostra epoca ci pone di fronte.

Questo Volume costituisce un piccolo ma significativo esempio della tendenza a fare rete tra le amministrazioni pubbliche nella convinzione che all'interno di esse vi siano tutte le risorse necessarie per rispondere a qualsiasi sfida.

Prof. Gian Paolo Dolso
Direttore del Dipartimento di Giurisprudenza, del Linguaggio,
dell' Interpretazione e della Traduzione (IUSLIT),
Università degli studi di Trieste

In via ricorrente il cammino dell'Università e del Comune di Trieste s'intreccia; questa volta è successo in occasione di un mirato intervento di approfondimento sul nuovo codice dei contratti. Sicuramente succederà ancora.

Il volume mette nero su bianco lo slancio con cui siamo andati incontro alla novità del nuovo codice riassumendo gli interventi qualificati e innovativi che hanno caratterizzato l'intervento svoltosi nell'immediatezza dell'entrata in vigore del codice, un anno fa. La

nuova impostazione normativa richiedeva un approfondito lavoro speculativo e di confronto.

L'Università di Trieste ha chiamato a raccolta i migliori professori di diritto amministrativo delle università italiane, esperti in contratti ed appalti per lo più nel doppio ruolo di avvocati del libero foro e quindi portatori di esperienze cospicue e attuali nelle varie branche e sui temi più spinosi e dibattuti, quali, ad esempio, quello delle clausole sociali, dell'ambiente, del principio del risultato e del partenariato pubblico privato, strumento quest'ultimo divenuto imprescindibile nei progetti di grande respiro e soggiacente a logiche deputate

Il Comune ha offerto questa occasione ad una nutrita platea di discenti costituita dai suoi dirigenti e quadri i quali quotidianamente si scontrano con la necessità di trovare soluzioni innovative e aderenti alla controversa realtà sociale e alla aspra competizione tra le imprese.

Sono emerse le differenze di approccio tra i diversi mondi ma anche l'utilità, soprattutto per chi opera, di ampliare le vedute con nuove possibilità di interpretare le reali necessità, ricorrendo a una logica motivazionale che tenga conto delle situazioni e delle soluzioni più adeguate ai casi concreti, senza paludamenti meramente astratti e concettuali.

Ringrazio l'Università di aver pensato con noi e di aver riportato come studenti nelle aule universitarie le diverse generazioni di funzionari che operano in Comune. Ringrazio anche i dipendenti che hanno partecipato all'esperimento i quali hanno dimostrato di mantenere vivo l'entusiasmo per l'aggiornamento e il confronto con il mondo accademico arricchendo il patrimonio culturale e professionale dell'Ente. In via ricorrente il cammino dell'Università e del Comune s'intreccia; altri progetti ci attendono di sicuro.

Dott. Fabio Lorenzut
(Direttore Generale, Comune di Trieste)

INDICE

Introduzione	1
MARCO MACCHIA Dalla programmazione alle procedure di acquisto: i tornanti del nuovo codice dei contratti	3
GIUSEPPE MANFREDI Appunti sul partenariato pubblico-privato	31
EDOARDO CARUSO Gli affidamenti pubblici come strumento di sostenibilità sociale: tutela dell'equo trattamento dei lavoratori e garanzia della stabilità occupazionale	49
LAURA SANCILIO La sostenibilità ambientale degli acquisti pubblici: un "bilancio di sostenibilità" del nuovo codice dei contratti pubblici	81
EDOARDO NICOLA FRAGALE Gli affidamenti sotto soglia nel nuovo codice dei contratti pubblici	109
GIULIA MILO L'equo compenso negli appalti pubblici	145

GLI AFFIDAMENTI PUBBLICI COME STRUMENTO DI SOSTENIBILITÀ SOCIALE: TUTELA DELL'EQUO TRATTAMENTO DEI LAVORATORI E GARANZIA DELLA STABILITÀ OCCUPAZIONALE

SOMMARIO: 1. ALCUNE NOZIONI PRELIMINARI IN TEMA DI CONTRATTI PUBBLICI SOSTENIBILI. 2. L'ART. 11 DEL CODICE E IL PRINCIPIO DI APPLICAZIONE DEI CONTRATTI COLLETTIVI. 2.1. IL POTERE DELLA STAZIONE APPALTANTE DI IMPORRE UNO STANDARD MINIMO DI TUTELA...2.2. (SEGUE)...LA VERIFICA DI EQUIVALENZA. 3. I MECCANISMI DI VERIFICA E LA DEFINITIVA CONSACRAZIONE DEL CONTROLLO SUL RISPETTO DEL CCNL QUALE "QUESTIONE DELLA FASE DI GARA". 4. LE CLAUSOLE SOCIALI DI STABILITÀ OCCUPAZIONALE TRA ESIGENZE DI MERCATO E RISULTATO AMMINISTRATIVO.

1. Alcune nozioni preliminari in tema di contratti pubblici sostenibili

I contratti pubblici verdi (o *Green Public Procurement* o GPP) e i contratti pubblici sociali o socialmente responsabili (*Social Responsible Public Procurement* o SRPP) attestano «l'evoluzione del contratto d'appalto pubblico da mero strumento di acquisizione di beni e servizi a strumento di politica economica»¹. La comune dimensione giuridica può esser rintracciata nell'insieme di strumenti volti a promuovere la graduale integrazione degli interessi ambientali e sociali nella disciplina dei contratti pubblici, in tutte le fasi del processo di acquisto. Si può parlare, al riguardo, di interessi "orizzontali" o "collaterali" (da cui, «*horizontal policies*») che condizionano trasversalmente o, meglio, *orizzontalmente* l'operazione contrattuale, giustapponendosi all'interesse specifico del contratto; tale espressione è più adatta – rispetto a quelle in precedenza utilizzate (es. inte-

¹ Così da ultimo Cons. Stato, sez. III, 27 maggio 2024, n. 4701.

ressi secondari) – a rappresentare la rilevanza oggi riconosciuta a tali interessi dal sistema eurounitario di contrattualistica pubblica².

L’inserimento di interessi orizzontali può interessare l’intero ciclo di vita della prestazione oggetto del contratto e, più in generale, dell’operazione contrattuale³. Invero, alle condizioni sociali e/o ambientali viene di norma garantito rilievo: *a*) nella definizione delle caratteristiche della prestazione e del relativo processo di produzione o di altra fase del suo ciclo di vita (tramite l’elaborazione di apposite specifiche tecniche, cfr. art. 79 e Allegato II.5); *b*) nella definizione delle caratteristiche soggettive dell’aggiudicatario (“in positivo” tramite i requisiti speciali di partecipazione e “in negativo” tramite le cause di esclusione, cfr. artt. 99 ss. e 94 ss.); *c*) infine, tramite l’imposizione di specifici oneri e/o modalità che l’aggiudicatario deve rispettare nell’esecuzione del contratto che trovano concretizzazione

² Cfr. S. ARROWSMITH, P. KUNZLIK, “Public procurement and horizontal policies in EC law: general principles”, in: *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law. New Directives and New Directions*, a cura di S. Arrowsmith, P. Kunzlik, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, 9 ss.; A. MASSERA, “Introduzione. Quali contratti per quali interessi pubblici?”, in: *I contratti pubblici: la difficile stabilizzazione delle regole e la dinamica degli interessi*, a cura di A. Maltoni, Editoriale scientifica, Napoli, 2020, 123 ss. Sul tema sia inoltre consentito rinviare a E. CARUSO, *La funzione sociale dei contratti pubblici. Oltre il primato della concorrenza*, Jovene, Napoli, 2021. Da ultimo, sull’utilizzo strategico dei contratti pubblici v. A. COIANTE, *L’uso strategico dei contratti pubblici e lo sviluppo sostenibile: linee evolutive alla luce del principio del risultato*, in: “Munus”, n. 1, 2024, pp. 99-139.

³ La logica basata sull’analisi del ciclo di vita (*Life Cycle Assessment* o *LCA*) implica un approccio olistico alla fornitura di beni, lavori o servizi che l’amministrazione intende acquisire, dovendo essere considerate tutte le fasi (dal reperimento delle materie prime allo smaltimento, alla produzione, all’utilizzazione del servizio ecc.), incluse quelle consecutive e/o interconnesse, e quindi l’intero arco temporale della prestazione. E invero il ciclo di vita della prestazione comprende tutte le fasi consecutive e/o interconnesse, inclusi la ricerca e lo sviluppo da realizzare, la produzione, gli scambi e le relative condizioni, il trasporto, l’utilizzazione e la manutenzione, della vita del prodotto o del lavoro o della prestazione del servizio, dall’acquisizione della materia prima o dalla generazione delle risorse fino allo smaltimento, allo smantellamento e alla fine del servizio o all’utilizzazione.

in apposite clausole contrattuali, ossia nei «requisiti particolari per l'esecuzione del contratto» (cfr. art. 113). Carattere trasversale presenta, invece, il meccanismo/strumento dei criteri di aggiudicazioni (cfr. 108 e Allegato II.8 sul criterio dei costi del ciclo di vita), tramite cui è possibile attribuire un punteggio premiale per aspetti sociali che riguardano tanto le caratteristiche della prestazione oggetto del contratto e le modalità di esecuzione della prestazione, quanto le caratteristiche soggettive dell'offerente (in quest'ultima ipotesi, però, è necessario che tali profili soggettivi possano avere «un'influenza significativa sul livello di esecuzione dell'appalto»)⁴.

Quanto appena osservato con riguardo al punto *sub b*) (definizione delle caratteristiche soggettive dell'aggiudicatario) suggerisce di evidenziare la distinzione, spesso trascurata, tra utilizzo strategico *positivo* e *negativo* dei contratti pubblici. Rileva la prima nozione allorquando tramite i contratti pubblici si “innalza” il livello di protezione sociale e/o ambientale, cioè si garantisce uno *standard* di tutela che non è altrimenti assicurato dall'ordinamento. Può invece configurarsi un utilizzo strategico *negativo* ove l'appalto pubblico è di norma considerato uno strumento per rafforzare il rispetto di obblighi sociali/ambientali e *standard* di tutela che, per legge o per altra fonte vincolante, gli operatori economici sono già tenuti a rispettare nell'esecuzione delle commesse pubbliche.

Trattasi di una distinzione rilevante anche dal punto di vista operativo: solo le clausole orizzontali riconducibili alla funzione strategica positiva devono rispettare la condizione del loro *necessario collegamento con l'oggetto del contratto* che impedisce alle stazioni appaltanti di prevedere negli atti di gara «*criteri e condizioni riguardanti la politica aziendale generale*» (cons. 97 direttiva appalti); di contro,

⁴ La condizione legittimante criteri premiali concernenti caratteristiche soggettive dell'offerente e dei suoi dipendenti («organizzazione, le qualifiche e l'esperienza del personale effettivamente utilizzato nell'appalto»), ovvero che queste possano «avere un'influenza significativa sul livello dell'esecuzione dell'appalto», non è espressamente prevista nel nuovo Codice; tale condizione, tuttavia, va ritenuta tuttora vigente stante la corrispondente previsione nel diritto Ue (cfr. art. 67 par. 2, lett. b direttiva appalti 2014/24/UE).

questa condizione non rileva rispetto alla funzione strategica negativa, potendo le amministrazioni, in sede di ammissione alla gara o di verifica di anomalia dell'offerta, prendere in considerazione l'attività "generale" dell'offerente in termini di conformità agli obblighi sociali e ambientali, senza che rilevi, in termini limitativi, la condizione del legame con l'oggetto del contratto.

Alla funzione strategica negativa possono ricondursi sia le previsioni delle direttive del 2014 sui *public procurement* poste a tutela dei lavoratori (cfr. direttiva appalti 2014/24/Ue, Cons. 37, 39, 105 e art. 18.2), sia la più recente direttiva Ue 2022/2041 sui salari minimi adeguati (Cons. 31 e art. 9)⁵: in linea con l'art. 18, par. 2 della direttiva appalti, l'art. 9 della direttiva sul salario minimo si limita ad evidenziare il ruolo dei contratti pubblici quale strumento per rafforzare il rispetto di obblighi sociali che già gravano in capo agli operatori economici. Diversamente, alla funzione strategica c.d. positiva sono riducibili le previsioni "nazionali", che saranno analizzate nei successivi paragrafi, poste a tutela tanto dell'equo trattamento dei lavoratori quanto della loro stabilità occupazionale.

2. L'art. 11 del Codice e il principio di applicazione dei contratti collettivi

Un filo rosso accomuna gli ultimi tre interventi di riforma generale del settore dei contratti pubblici (2006, 2016 e 2023) ed è rappresentato dal progressivo rafforzamento dell'attenzione per i profili sociali negli acquisti delle pubbliche amministrazioni. Determinanti in questo percorso di rafforzamento sono state le importanti novità introdotte in tema di clausole sociali dal d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, per quanto non meno rilevanti siano state le misure introdotte dagli interventi normativi successivi: quelli di modifica di tale decreto nonché quelli riconducibili alla *governance* del PNRR e alla disciplina di affidamento dei

⁵ Lo stesso ragionamento vale per la direttiva 2023/970/Ue sulla parità di retribuzione tra uomini e donne (cfr. spec. il Considerando 57 e l'art. 24).

relativi contratti⁶. Nella medesima direzione si pone il d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 (Codice di contratti pubblici, di seguito Codice) che, coerentemente con i criteri contenuti nella legge delega 21 giugno 2022, n. 78, ha confermato e implementato questo percorso.

Il d.lgs. n. 36/2023 ha certamente rafforzato l'equo trattamento dei lavoratori: in tal senso va innanzitutto richiamato l'art. 11 che va inteso quale architrave di un micro-sistema normativo *unitario* finalizzato a chiudere il più possibile gli spazi alla concorrenza tra operatori economici basata sul ribasso dei costi della manodopera, fatta eccezione per i risparmi giustificati da efficienze organizzative⁷. In via preliminare, è di interesse notare come il tema in questione sia emblematico delle potenzialità insite nella scelta di aprire il nuovo Codice con un titolo dedicato ai principi generali⁸: il dibattito che si

⁶ Cfr. art. 47 del d.l. 31 maggio 2021, n. 77 conv. con modificazioni da l. 29 luglio 2021, n. 108.

⁷ Cfr. artt. 11, 41 co. 13 e 14, 57 co. 1, 102, 108 co. 9, 110 co. 4 e 5, 119 co. 2 e 6 ss.

⁸ Sul tema, tra i tanti, A. SANDULLI, "Il risultato, la fiducia e l'accesso al mercato", in: *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, a cura di M. Clarich, G. Fidone, G. Fonderico, Giappichelli, Torino, in corso di pubblicazione; *Costruire e acquistare*, a cura di M. Macchia, Giappichelli, Torino, 2024; G. TROPEA, *Lineamenti di diritto dei contratti pubblici*, Editoriale scientifica, Napoli, 2024; AA. VV., *Studi sui principi generali del codice dei contratti pubblici*, a cura di R. Ursi, Editoriale scientifica, Napoli, 2024; R. VILLATA, L. BERTONAZZI, "Principio del risultato", in: *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, a cura di R. Villata, M. Ramajoli, Pisa, Pacini Giuridica, 2024, pp. 1-8; R. CARANTA, *I principi nel nuovo Codice dei contratti pubblici, artt. 1-12*, in: "Giurisprudenza italiana", n. 8-9, 2023, p. 1955; F. CINTIOLI, *Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in: "www.giustizia-amministrativa.it", 2023; A.M. CHIARIELLO, *Una nuova cornice di principi per i contratti pubblici*, in: "Il diritto dell'economia", n. 1, 2023, p. 141 ss.; E. GUARNIERI, *Funzionalizzazione e unitarietà della vicenda contrattuale negli appalti pubblici*, Bologna University Press, Bologna, 2022, p. 84 ss.; AA. VV., *Diritto dei contratti pubblici*, a cura di F. Mastragostino, G. Piperata, Giappichelli, Torino, 2023; G. MORBIDELLI, G.F. FERRARI, "Commento sub art. 1", in: *Codice dei contratti pubblici*, a cura di G. Morbidelli, G.F. Ferrari, Piacenza, 2023, p. 39 ss.; G. NAPOLITANO, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in: "Giornale di diritto amministrativo", n. 3, 2023, p. 287 ss.; L. R. PERFETTI, *Sul nuovo Codice dei contratti pubblici. In principio*, in: "Urbanistica e

è sviluppato sul punto, sin dalla pubblicazione della prima bozza del d.lgs. n. 36/2023m va ben oltre, per portata e contenuti, gli aspetti di effettiva novità introdotti rispetto al Codice del 2016, ove l'obbligo di applicazione di un contratto collettivo era già contemplato tra le disposizioni di principio⁹. Peraltro, la maggior enfasi che il nuovo Codice riconosce alle disposizioni di principio dovrebbe impedire alcune letture restrittive del relativo ambito di applicazione (letture che invece si potevano rintracciare in vigenza del previgente Codice)¹⁰.

Per procedere all'analisi del dato normativo, il co. 1 dell'art. 11 ripropone l'obbligo, evidentemente rivolto all'impresa aggiudicataria, di applicare un contratto collettivo rispettoso di tre criteri. Uno di *natura soggettiva*: deve trattarsi di un CCNL c.d. *leader*, cioè stipulato dalle associazioni comparativamente più rappresentative; e due di

appalti”, n. 1, 2023, p. 5 ss.; S. PERONGINI, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo di codice dei contratti pubblici*, in: “l'Amministrativista”, 2 gennaio 2023; M. RENNA, “I principi”, in: *Il nuovo corso dei contratti pubblici*, a cura di S. Fantini, H. Simonetti, La Tribuna, Piacenza, 2023, p. 2 ss.; M.R. SPASIANO, “Codificazione di principi e rilevanza del risultato”, in: *Codice dei contratti pubblici annotato articolo per articolo*, diretto da C. Contessa, P. Del Vecchio, I, Editoriale scientifica, Napoli, 2023, p. 49 ss., spec. p. 66 ss.

⁹ Nel Capo sui “principi comuni”, all'art. 30 recante «Principi per l'aggiudicazione e l'esecuzione di appalti e concessioni».

¹⁰ Si può ad esempio fa riferimento a Tar Lazio, Roma, sez. II-*bis*, 19 giugno 2018, n. 6869 che aveva ritenuto non applicabile l'art. 30, co. 4 del d.lgs. n. 50/2016 agli affidamenti sotto soglia in quanto non richiamato dall'art. 36. Diversamente, per l'applicabilità del nuovo art. 11 anche agli affidamenti sotto soglia si è espresso il Servizio Supporto Giuridico del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti (parere n. 2338 del 26 febbraio 2024). In tale direzione v. anche Linee guida n. 17, pt. 7.2, nonché la relazione AIR pg. 23, ove ANAC ha considerato anche i servizi sociali sottoposti al previgente art. 30, co. 4 sull'obbligo di applicare un CCNL in quanto tale previsione, ancorché non espressamente ricompresa nel regime intermedio di cui all'art. 142 del d.lgs. n. 50/2016, costitutiva un principio generale della materia. Lo stesso dovrebbe a maggior ragione valere in vigenza del nuovo Codice alla luce della maggior centralità riconciata ai principi, compreso quello sull'applicazione dei CCNL. Sugli affidamenti sotto soglia nel nuovo Codice cfr. da ultimo *I contratti sotto la soglia di rilevanza europea dopo il nuovo Codice dei contratti pubblici*, a cura di W. Giulietti, F. Caporale, Giuffrè, Milano, 2024.

natura oggettiva: (i) l'applicazione del «contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro», (ii) il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in via prevalente.

Quest'ultimo criterio conferma il cambio di prospettiva, già positivizzato nel 2016, nella scelta del CCNL: «non più l'attività prevalente esercitata dall'impresa», *ex art.* 2070 c.c., «ma le prestazioni oggetto dell'appalto da eseguire»¹¹. La giurisprudenza amministrativa, pur avendo perfettamente colto la *ratio* di questo cambiamento, non lo ha però del tutto «accettato»: ancorché nel *case law* sia stato evidente un progressivo irrigidimento della verifica sulla scelta del CCNL, in diverse circostanze si è continuato a ritenere sufficiente un rapporto di «coerenza» (evidentemente meno intenso di una «stretta connessione») tra questo e l'oggetto dell'appalto¹². Più in generale, si può sostenere che l'art. 30, co. 4, del Codice del 2016 non sia stato attuato in modo rigoroso, come denota la non sufficiente attenzione riservata dall'ordinamento al tema dell'individuazione del CCNL rispettoso dei tre criteri richiamati (e ciò ancorché il rispetto dell'art. 30, co. 4 dovesse essere verificato dalla p.a. in fase esecutiva, non risultando peraltro del tutto irrilevante già in fase di gara)¹³; come pure il perpetuarsi della massima secondo cui «la scelta del contratto collettivo da applicare rientra nelle prerogative di organizzazione dell'imprenditore e nella libertà negoziale delle parti, con il limite però che esso risulti coerente con l'oggetto dell'appalto»¹⁴.

Rispetto a questa massima, tuttavia, si può osservare che il margine di scelta del CCNL che residua in capo all'impresa può ritenersi frutto, da

¹¹ Così la *Relazione* allo Schema di Codice, pg. 27. Il criterio della coerenza è stato elaborato dalla giurisprudenza amministrativa; cfr. Cons. St., sez. V, 25 luglio 2014, n. 3962; 18 agosto 2020, n. 5820.

¹² M. NOVELLA, *Costo del lavoro e retribuzione negli appalti pubblici. Il quadro normativo e qualche numero*, in: «Lavoro e diritto», n. 2, 2020, p. 273 ss.; D. IZZI, *Lavoro negli appalti e dumping salariale*, Giappichelli, Torino, 2018.

¹³ Cfr. art. 95, co. 10 e 97, co. 5 e 6 del d.lgs. n. 50/2016

¹⁴ *Ex multis*, Cons. St., sez. III, 19 aprile 2022, n. 2947; sez. V, 12 febbraio 2020, n. 1066.

un lato, della suddetta applicazione poco rigorosa dell'art. 30, co. 4 del Codice del 2016 e, dall'altro, di elementi fattuali (l'eventuale eterogeneità delle prestazioni oggetto dell'appalto e, soprattutto, la notevole frammentazione delle fonti collettive in Italia) che rendono possibile l'effettiva sussistenza di più CCNL *leader* coerenti con l'oggetto dell'appalto ma con contenuti normativi e retributivi tra loro molto differenti.

Questa situazione fattuale produce(va) rilevanti conseguenze negative in termini di tutela del lavoro e di garanzia delle altre esigenze cui l'equo trattamento dei lavoratori risulta funzionale, di guisa che si era proposto di valorizzare la discrezionalità che è rimessa alla p.a. nel costruire la *lex specialis* in conformità alle esigenze (anche di natura sociale) che essa intende perseguire con la commessa¹⁵. Questa strada, inizialmente percorsa da alcune stazioni appaltanti, è stata però preclusa dalla giurisprudenza amministrativa: l'altra faccia della medaglia della massima sopra riportata è consistita nella ferma negazione del potere dell'amministrazione di indicare nella legge di gara uno specifico CCNL da applicare – pena l'esclusione dalla procedura – in fase esecutiva¹⁶.

Si è da più parti rilevato come questa posizione, e taluni atteggiamenti di prudenza rispetto alle novità sul tema del Codice del 2016,

¹⁵ *Amplius* sul tema E. CARUSO, *La funzione sociale*, cit., p. 424 ss. anche per ulteriori riferimenti bibliografici.

¹⁶ *Ex multis*, Cons. St., sez. V, 24 agosto 2022, n. 7449; 3 novembre 2020, n. 6786. Vanno poi richiamate quelle sentenze che hanno sottolineato l'assenza di una norma espressa che legittimasse la p.a. a imporre all'aggiudicatario l'applicazione di un determinato CCNL (Tar Sardegna, sez. I, 18 settembre 2019, n. 748; Tar Campania, sez. VIII, 6 febbraio 2020, n. 585). Anche tale conclusione appariva però smentita dall'art. 30, co. 4 (che aveva "superato" la scelta del CCNL quale prerogativa dell'impresa) e dagli artt. 3, co. 1, lett. qqq e 110 del d.lgs. n. 50/2016 che legittimavano le p.a. a prevedere clausole sociali. Oltre a una pronuncia di poco successiva all'entrata in vigore del Codice che, a condizioni rigorose, aveva ammesso l'indicazione di uno specifico CCNL nel bando (Cons. St., sez. V, 5 ottobre 2016, n. 4109), si può richiamare Cons. St., n. 7053/2021, cit. che ha ritenuto legittima l'attribuzione di un punteggio aggiuntivo agli offerenti che si impegnavano ad applicare il CCNL indicato dal bando. Merita un richiamo pure Tar Liguria, sez. I, 21 luglio 2022, n. 629 che, pur in formale continuità con l'indirizzo prevalente, sembra "anticipare" l'art. 11 del nuovo Codice.

siano stati dettati dal timore di una possibile violazione degli artt. 39 e 41 della Costituzione. Trattasi di timori infondati, come ben chiarito nella *Relazione agli articoli e agli allegati* (di seguito, *Relazione*) dalla Commissione incaricata della redazione del Codice che, sfruttando la più intensa legittimazione della legge delega, ha introdotto importanti novità che dovrebbero comportare il superamento dei suddetti indirizzi giurisprudenziali¹⁷.

Invero il co. 2 dell'art. 11 richiede espressamente alle stazioni appaltanti di indicare negli atti di gara il CCNL, conforme ai tre requisiti del co. 1, da applicare nell'esecuzione del contratto; il successivo co. 3, pur riconoscendo la facoltà degli operatori economici di indicare nell'offerta un contratto collettivo differente, precisa che ciò è possibile fintantoché il differente CCNL «garantisca ai dipendenti le stesse tutele di quello indicato dalla stazione appaltante».

Viene in tal modo consacrato il potere della stazione appaltante di individuare il livello di tutela (minimo) da garantire ai lavoratori impiegati nell'appalto (inclusi quelli del subappaltatore, cfr. artt. 11, co. 5 e 119, co. 12), da rispettare anche quando l'operatore economico si avvalga della facoltà di applicare un contratto collettivo differente.

Ancor più del passato, alla luce del nuovo Codice sarebbe fuorviante considerare la scelta del CCNL quale prerogativa dell'impresa, ovvero quale espressione della sua libertà di autorganizzazione. Peraltro, alla luce di tale novità i costi del personale calcolati negli atti di gara dalla p.a.

¹⁷ Nella Revisione viene puntualmente osservato che «La previsione non pare in contrasto con l'art. 39 Cost. in quanto non è diretta a estendere ex lege ed erga omnes l'efficacia del contratto collettivo, ma si limita a indicare le condizioni contrattuali che l'aggiudicatario deve applicare al personale impiegato, qualora, sulla base di una propria e autonoma scelta imprenditoriale, intenda conseguire l'appalto pubblico, restando libero di applicare condizioni contrattuali diverse nello svolgimento dell'attività imprenditoriale diversa; e restando libero di accettare o non la clausola dell'appalto pubblico oggetto dell'aggiudicazione (accettando, quindi, anche l'esclusione dalla procedura). I medesimi argomenti possono essere utilizzati per affermare la compatibilità anche rispetto all'art. 41 Cost., tenuto conto altresì che la libera iniziativa economica “non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale”. Il consentire alla p.a. la scelta di indicare il CCNL applicabile alle prestazioni oggetto di gara sembra trovare giustificazione proprio sotto questo profilo (Art. 41, secondo comma, Cost.)».

diventano un parametro più *rigido* e *uniforme*, risultando tutti gli offerenti vincolati al trattamento normativo e retributivo individuato dalla p.a. Rimane ferma solamente la possibilità, espressamente riconosciuta dall'art. 41, co. 14, di un risparmio sui costi della manodopera quando l'operatore economico sia in grado di dimostrare che il ribasso complessivo dell'importo deriva da una *più efficiente organizzazione aziendale*»¹⁸.

A ben vedere, secondo un primo orientamento formatosi sull'art. 41, co. 14, nel nuovo Codice i costi della manodopera (al pari degli oneri di sicurezza) avrebbero dovuto essere «*scorporati dall'importo assoggettato al ribasso*»¹⁹. Questa posizione è rimasta tendenzialmente isolata e sia la giurisprudenza sia l'Autorità di regolazione hanno opportunamente riconosciuto la possibilità degli offerenti di ribassare i costi della manodopera. Questa seconda posizione trova fondamento, oltre che nel tenore letterale dell'art. 41, co. 14, anche negli artt. 108, co. 9 e 110, co. 1 del d.lgs. n. 36/2023²⁰: e infatti «se il legislatore avesse voluto considerare tali costi fissi e invariabili, non avrebbe avuto senso richiedere ai concorrenti di indicarne la misura nell'offerta economica, né avrebbe avuto senso includere anche i costi della manodopera tra gli elementi che possono concorrere a determinare l'anomalia dell'offerta»²¹. Si tenga in aggiunta presente che un eventuale divieto assoluto di ribasso dei costi della manodopera avrebbe riproposto quegli aspetti problematici che erano stati evidenziati rispetto all'ana-

¹⁸ Ai sensi dell'art. 108, co. 9 nell'offerta economica devono essere indicati, a pena di esclusione, i costi della manodopera.

¹⁹ Tar Calabria, Reggio Calabria, 8 febbraio 2024, n. 120

²⁰ L'art. 108, co. 9 che prescrive al concorrente di indicare nell'offerta economica, a pena di esclusione, i costi della manodopera, oltre agli oneri di sicurezza aziendali, mentre ai sensi dell'art. 110, co. 1, «Le stazioni appaltanti valutano la congruità, la serietà, la sostenibilità e la realizzabilità della migliore offerta, che in base a elementi specifici, inclusi i costi dichiarati ai sensi dell'articolo 108, comma 9, appaia anormalmente bassa. Il bando o l'avviso indicano gli elementi specifici ai fini della valutazione».

²¹ Così Tar Toscana, sez. IV, 29 gennaio 2024, n. 120 e ANAC, delibera n. 528 del 15 novembre 2023. Nello stesso senso anche Tar Liguria, sez. I, ord. del 27 marzo 2024, n. 54 in sede cautelare e il Servizio Supporto Giuridico del MIT, parere n. 2505 del 17 aprile 2024.

logo tentativo in tal senso fatto dal legislatore in vigore del Codice del 2006: su tutti, disincentivo all'efficienza, limitazione della capacità imprenditoriale di razionalizzazione e innovazione organizzativa, maggiori costi per la stazione appaltante, senza peraltro che un simile aggravio venga compensato dal beneficio di un incremento della tutela del lavoro o di una più rigorosa garanzia della leale competizione²².

Per concludere vale osservare, per un verso, come la maggiore omogeneità nello standard normativo ed economico da garantire ai lavoratori, che dovrebbe conseguire alle innovative previsioni del Codice del 2023, non solo è funzionale ad innalzare la tutela sociale, ma inoltre rafforza la garanzia di una *fair competition* tra gli operatori economici e presumibilmente anche il buon andamento dell'attività contrattuale dell'amministrazione e, quindi, del risultato amministrativo²³. Per altro verso, che l'effettività dell'obbligo previsto, in capo all'aggiudicatario, dall'art. 11 di applicare un CCNL *leader* non può ritenersi in alcun modo "annacquato" dal contenuto dell'art. 57, co. 1 che richiede alla stazione appaltante di inserire nei bandi e negli avvisi apposite clausole sociali aventi a oggetto un siffatto obbligo. Ne consegue che, nell'attuale quadro regolatorio, quelle di equo trattamento sono condizioni di esecuzione *sui generis* in quanto la fonte dell'obbligo non è la *lex specialis* (nonostante la «ritrovata centralità» che sembra attribuirgli l'art. 57, co. 1²⁴), bensì direttamente la legge ordinaria²⁵.

²² Cfr. ANAC, Atto segn. n. 2, 19 marzo 2014; in dottrina, F. CAMPOLO, *La tutela dei lavoratori nel d.lgs. n. 36 del 2023*, in "Rivista giuridica dell'edilizia", n. 6, 2023, p. 425 ss. spec. p. 439 ss.

²³ Cfr. A. DE SIANO, *Tutela del lavoratore e buon andamento della P.A. secondo il nuovo codice dei contratti pubblici*, in: "Federalismi", n. 14, 2023, p. 98 ss. Sul punto sia inoltre consentito rinviare a E. CARUSO, *Equo trattamento dei lavoratori nel nuovo codice dei contratti pubblici tra sostenibilità e risultato amministrativo*, in: "Diritto amministrativo", n. 4, 2023, p. 863 ss.

²⁴ I. SANTORO, *A cavallo' tra due codici: l'equo trattamento dei lavoratori nella nuova normativa sui contratti pubblici*, in: "WP C.S.D.L.E. 'Massimo D'Antona'", n. 467, 2023, p. 10 ss.

²⁵ Come condivisibilmente osservato da ANAC nella Relazione illustrativa delle Linee guida ANAC n. 13, cit., pg. 3, si è in presenza di una clausola sociale

2.1. *Il potere della stazione appaltante di imporre uno standard minimo di tutela...*

Quelli proposti nel precedente paragrafo sono poco più che meri spunti di riflessione su un tema (la scelta del CCNL da indicare) su cui il dibattito, che comunque presenta ampi margini di sviluppo, è già particolarmente intenso.

Un importante contributo sul punto lo ha fornito ANAC nella Nota illustrativa, Bando tipo n. 1/2023 ove sono state fornite utili indicazioni alle stazioni appaltanti in relazione all'individuazione del CCNL di riferimento. Secondo l'Autorità la prima operazione che le stazioni appaltanti devono compiere, al fine di individuare il CCNL più attinente rispetto all'oggetto dell'appalto e alle attività da eseguire, consiste nella preventiva identificazione del settore di riferimento dell'attività o delle attività (in caso di suddivisione dell'appalto in più lotti) oggetto dell'appalto. Il che deve avvenire attraverso diversi passaggi.

Nello specifico, dopo aver verificato la prima lettera del codice ATECO, quale risultante dalla Struttura della classificazione formulata dall'ISTAT²⁶, occorre verificare sull'archivio contratti del CNEL quali sono i contratti collettivi applicabili all'attività oggetto dell'appalto e, tra questi, selezionare il CCNL da applicare ai lavoratori impiegati nell'appalto o nella concessione tra quelli stipulati dalle organizzazioni comparativamente più rappresentative sul piano nazionale; tra questi contratti c.d. *leader*, va individuato il CCNL da applicare ai lavoratori impiegati nello specifico appalto o concessione²⁷. Sul punto ANAC ha richiamato le indicazioni del Ministero

in senso tecnico quando la stazione appaltante inserisce tali obblighi nella *lex specialis* e nel contratto.

²⁶ Sul punto ANAC fa presente che sul sito dell'ISTAT sono reperibili online tabelle di raffronto tra codice ATECO e codice CPV utilizzabili per correlare correttamente i due dati e che alcune piattaforme di approvvigionamento digitale mettono a disposizione una funzione che consente di individuare quali codici CPV corrispondono ad un certo codice ATECO-NACE e viceversa.

²⁷ Sul punto ANAC precisa, per un verso, che la fonte da prendere a riferimento sono i dati INPS/CNEL che attraverso il sistema del codice alfanumerico

del Lavoro il quale, anche sulla base della giurisprudenza consolidata della Corte di Cassazione, ha individuato alcuni indici sintomatici da tenere in considerazione per l'individuazione delle organizzazioni comparativamente più rappresentative, tra cui il numero complessivo dei lavoratori occupati, il numero complessivo delle imprese associate, la diffusione territoriale (numero di sedi presenti sul territorio e ambiti settoriali), il numero dei contratti collettivi nazionali sottoscritti. Un ulteriore elemento valido può essere rappresentato dalle tabelle del costo del lavoro elaborate dal Ministero del Lavoro e delle politiche sociali (tali tabelle sono infatti elaborate sulla base dei CCNL ritenuti maggiormente rappresentativi in quello specifico settore economico), come pure la composizione del Consiglio del CNEL²⁸ nonché i dati del relativo Archivio²⁹.

Sempre con riguardo al tema relativo all'individuazione del CCNL e, più in generale, dello standard di tutela da garantire ai lavoratori impiegati negli appalti pubblici, può risultare di interesse richiamare le interessanti iniziative avviate da alcune amministrazioni locali e da alcune Regioni che, per rafforzare l'equo trattamento dei lavoratori, hanno adottato alcuni atti normativi e amministrativi volti a imporre ai propri

presente nei flussi UNIEMENS individua il numero dei lavoratori ai quali un determinato contratto collettivo di lavoro si applica; per altor verso, che le stazioni appaltanti possono prendere a riferimento anche i settori e sottosettori contrattuali con cui il CNEL classifica i contratti.

²⁸ Dal momento che il Consiglio viene periodicamente rinnovato nei suoi componenti all'esito di una attenta valutazione e comparazione dei dati raccolti sulle singole organizzazioni che chiedono di essere inserite in tale organismo.

²⁹ Al Riguardo l'Autorità ha osservato che «da tale archivio è possibile ricavare un indice numerico che rileva il numero di lavoratori a cui si applica ogni singolo contratto collettivo. Ciò avviene mediante collegamento tra il codice alfanumerico attribuito dal CNEL ai singoli CCNL e il codice Uniemens attribuito dall'INPS ai lavoratori, all'atto delle iscrizioni contributive. Le risultanze di questo incrocio di informazioni consentono di conoscere il numero di lavoratori cui viene applicato il singolo CCNL e il relativo "peso specifico" - ad esempio, prevalente o meno - in un preciso settore. A tal proposito, si comunica che il CNEL ha manifestato la sua disponibilità nel prestare assistenza alle stazioni appaltanti in merito all'utilizzo delle funzionalità dell'Archivio contratti».

uffici di individuare nelle procedure di gara CCNL che «prevedano un trattamento economico minimo inderogabile pari a 9 euro l'ora»³⁰. Tale prassi, che evidentemente va contestualizzata nell'ambito dello scontro politico e parlamentare sul salario minimo legale, è stata criticata da una parte della dottrina³¹ la quale, dopo aver osservato come risulti singolare il fatto che sia preso a riferimento il valore economico che è stato al centro dei diversi disegni di legge riguardanti il salario minimo legale, si è quindi domandata se una giunta comunale possa aggiungere un criterio del tutto diverso e autonomo rispetto a quelli stabiliti dalla legge. Secondo la citata dottrina la risposta a tale interrogativo deve essere negativa: è stato infatti sostenuto che non rientra nella discrezionalità rimessa alla p.a. nella costruzione degli atti di gara la possibilità di prevedere condizioni relative alla tutela dei lavoratori diverse e ulteriori rispetto a quelle previste dalla legge; secondo questa lettura, quindi, un'impresa potrebbe utilmente agire in giudizio impugnando una *lex specialis* che impone il salario minimo di 9 euro³².

Questa prospettiva non convince sotto diversi profili.

³⁰ Così la deliberazione DG/2024/00097 del Comune di Firenze del 19 marzo 2024, ma in una direzione simile si stanno orientando la Regione Lazio e il Comune di Roma. Da ultimo v. anche l.r. Regione Puglia, 30 maggio 2024, n. 19 «Disposizioni per la qualità e la sicurezza del lavoro, per il contrasto al dumping contrattuale, nonché per la stabilità occupazionale nei contratti pubblici d'appalto o di concessione eseguiti sul territorio».

³¹ G. PIGLIALARMÌ, *Retribuzione e appalti pubblici: alcune considerazioni sulla recente "rivolta" dei Comuni*, in *Bollettino ADAPT* 25 marzo 2024, n. 12.

³² G. PIGLIALARMÌ, op. loc. cit.: «Siamo dell'idea, infatti, che un rilevante nodo problematico (e la conseguente legittimità giuridica della scelta compiuta dalla giunta fiorentina) potrebbe sorgere allorquando una impresa provi ad aggiudicarsi un contratto di appalto presso il Comune di Firenze applicando un CCNL diverso da quello previsto dal bando e venga esclusa dalla gara per il solo fatto che il CCNL applicato, anche se "equipollente" in termini di tutela a quello indicato nella *lex specialis*, non preveda "una retribuzione minima inderogabile pari a 9 euro l'ora". A nostro avviso, questa impresa potrebbe impugnare la decisione assunta dall'Amministrazione fiorentina per due ragioni. Anzitutto, la legge non conferisce alcun potere agli organi amministrativi di stabilire dei criteri in base ai quali ritenere soddisfatta l'equipollenza delle tutele di cui all'art. 11, comma 3 del d.lgs. n. 36/2023. Il parametro di riferimento per vagliare l'equipollenza, infatti, è e resta il CCNL c.d. lea-

Innanzitutto pare trascurare che, tradizionalmente, una delle funzioni del c.d. utilizzo strategico dei contratti pubblici è proprio quella di consentire alle amministrazioni di raggiungere obiettivi di tutela sociale “superando” e, per certi versi, “andando oltre” gli ostacoli che possono caratterizzare il procedimento legislativo³³. Nemmeno sul piano strettamente giuridico, poi, le critiche mosse a tali prassi amministrativa appaiono convincenti. Ad avviso di chi scrive, infatti, il limite che le amministrazioni incontrano rispetto alla fissazione delle condizioni di equo trattamento va rintracciato, in primo luogo, nel rispetto nei principi generali dell’agire amministrativo (ragionevolezza, proporzionalità) e dei principi con funzione “nomofilattica” contenuti nei primi tre articoli del nuovo Codice³⁴; in secondo luogo, nell’adeguatezza della base d’asta nell’ottica di garantire la sostenibilità economica dell’operazione contrattuale.

Peraltro, la tesi che si intende sottoporre a critica non sembra riservare sufficiente attenzione nemmeno alla distinzione tra clausole

der, cioè il trattamento economico e normativo stabilito dal CCNL indicato dall’art. 11, comma 1 del d.lgs. n. 36/2023.

Inoltre, pur riconoscendo che il bando, in quanto lex specialis, è funzionale a fissare le regole fondamentali per la partecipazione alla gara, questo è comunque soggetto ai criteri stabiliti dalla legge. A tal proposito, tanto l’art. 57, comma 1 che l’art. 102, comma 1, lett. b) del d.lgs. n. 36/2023 indicano che i bandi di gara devono contenere alcune clausole sociali poste a tutela dei lavoratori, tra le quali vi è l’applicazione del CCNL di cui all’art. 11, comma 1 del medesimo decreto. Dette disposizioni, tuttavia, non conferiscono altro margine ai bandi di gara in materia di definizione delle condizioni di lavoro. E non può che essere così: è opportuno ricordare, infatti, che la regolamentazione del rapporto di lavoro rientra nella esclusiva potestà legislativa dello Stato (art. 117 Cost.)».

³³ Cfr. sul punto S. ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement*, cit., vol. II, p. 698 ss.; T. DAINTITH, *Regulation by Contract: The New Prerogative*, in: “Current Legal Problem”, n. 32, 1979, p. 41 ss.

³⁴ Nel senso che gli obiettivi sociali e ambientali impongono letture non assolutizzanti del principio di accesso al mercato di cui all’art. 3 del nuovo Codice, v. R. DIPACE, “Principio dell’accesso al mercato”, in: *Studi sui principi generali del codice dei contratti pubblici*, a cura di R. Ursi, Editoriale scientifica, Napoli, 2024, p. 85 ss.

sociali *mandatory* e clausole facoltative: gli artt. 11 e 57 del Codice fissano lo standard minimo di tutela da garantire ai lavoratori negli appalti pubblici, non anche quello massimo. Più in generale, non viene adeguatamente considerata la distinzione tra Stato compratore e Stato regolatore: gli atti normativi e amministrativi in esame non rappresentano, infatti, interventi volti a regolare il rapporto di lavoro nelle relazioni negoziali tra privati; diversamente, essi vanno inquadrati quali atti tramite cui le amministrazioni indirizzano le proprie scelte negoziali. Seguendo questa prospettiva, la fissazione del salario minimo di 9 euro può ben rientrare nella ampia discrezionalità di cui godono le amministrazioni nell'individuare gli interessi che intendono perseguire con il contratto, inclusi quelli di sostenibilità. D'altronde, queste prassi delle amministrazioni locali, oltre a risultare rafforzate dalla principale novità sul tema introdotta dal Codice del 2023 (il definitivo superamento della concezione della scelta del CCNL quale prerogativa dell'impresa), trovano un fondamento normativo nell'art. 113 del Codice che legittima le p.a. a richiedere requisiti particolari di esecuzione, inclusi quelli volti a soddisfare esigenze sociali³⁵.

A supporto della posizione sostenuta si può infine osservare che il contratto collettivo in Italia ha una efficacia di diritto comune e notoriamente l'inderogabilità (*ex art. 36 cost. e 2113 c.c.*) opera solo verso il basso e non verso l'alto (essendo sempre ammissibili trattamenti più favorevoli sia sul versante individuale, sia sul piano collettivo). Se questo vale, almeno in teoria, per un committente privato, non si vede perché tale libertà contrattuale non possa essere riconosciuta anche al committente pubblico.

³⁵ Per la stessa ragione si era già sottoposta a critica (cfr. E. CARUSO, *La funzione*, cit., p. 447, *sub* nt. 215) Tar Sardegna, sez. I, 18 settembre 2019, n. 748 (poi ripresa da Tar Campania, Napoli, sez. VIII, 6 febbraio 2020, n. 585) secondo cui nel Codice del 2016 mancava una disposizione tale da consentire alla stazione appaltante di indicare un unico CCNL.

2.2. (Segue)...la verifica di equivalenza

Un aspetto centrale del bilanciamento realizzato dal nuovo Codice tra la tutela della manodopera e gli altri interessi sottesi alla garanzia dell'equo trattamento dei lavoratori da un lato, e gli interessi del mercato e dei suoi operatori (libertà di iniziativa economica, parità di trattamento, massima partecipazione alle gare pubbliche, etc.) dall'altro, è costituito dalla facoltà riconosciuta agli operatori economici dall'art. 11, co. 3 di indicare nella propria offerta un CCNL diverso da quello selezionato dalla stazione appaltante, purché garantisca tutele equivalenti ai dipendenti utilizzati nell'esecuzione della commessa. Tuttavia, si ritiene che tale valutazione di equivalenza richiesta alle p.a. dall'art. 11, co. 4 potrebbe costituire il vero "tallone d'Achille" della disciplina del nuovo Codice in tema di equo trattamento, costituendo tale verifica un fattore di significativa complicazione che, ancorché necessitato per garanzie delle esigenze concorrenziali, risulta antitetico all'impostazione di fondo che contraddistingue il nuovo Codice, volta alla semplificazione e al risultato amministrativo.

Risulta quindi fondamentale il ruolo di tutti gli attori del settore per supportare le amministrazioni in questo delicato compito. In questa direzione va nuovamente richiamata la Nota illustrativa al Bando tipo n. 1/2023 in cui ANAC ha fornito importanti indicazioni sul punto: ancorché perfettibili, si tratta di un buon punto di partenza per sviluppare pratiche virtuose in relazione alla suddetta valutazione di equivalenza. Nello specifico, ANAC ha fatto riferimento alle indicazioni fornite dall'Ispettorato Nazionale del Lavoro (Circolare n. 2 del 28/7/2020) ove si suggerisce di procedere dapprima alla valutazione dell'*equivalenza economica* dei due contratti, prendendo a riferimento le componenti fisse della retribuzione globale annua costituite dalle seguenti voci: retribuzione tabellare annuale, indennità di contingenza EDR (Elemento Distinto della Retribuzione) a cui vanno sommate le eventuali mensilità aggiuntive (tredicesima e quattordicesima), nonché le ulteriori indennità previste. Quanto alla successiva valutazione sull'equivalenza

delle tutele normative, l’Autorità – dopo aver richiamato i parametri da prendere a riferimento³⁶ – ha suggerito di ritenere sussistente l’equivalenza (anche) in presenza di uno scostamento relativo, al massimo, a due parametri³⁷.

Utili indicazioni sulle modalità di svolgimento della valutazione di equivalenza di rinviengono anche nella delibera n. 392 del 30 luglio 2024, ove ANAC ha osservato che l’offerente deve essere in grado di dimostrare che «il diverso CCNL adottato, al di là del *nomen iuris*, garantisce tutele equiparabili, con la precisazione che la valutazione deve necessariamente avere ad oggetto sia le tutele economiche che quelle normative in quanto complesso inscindibile». Ne consegue – anche sulla base di altre previsioni del Codice poste a garanzie dell’equo trattamento, su cui v. *infra* – l’obbligo della

³⁶ Sono stati richiamati i seguenti nove parametri ripresi dalla richiamata circolare INPS:

- la disciplina concernente il lavoro supplementare e le clausole elastiche nel part-time;
- la disciplina del lavoro straordinario, con particolare riferimento ai suoi limiti massimi, con l’avvertenza che solo il CCNL leader può individuare ore annuali di straordinario superiori alle 250. Lo stesso non possono fare i CCNL sottoscritti da soggetti privi del requisito della maggiore rappresentatività;
- la disciplina compensativa delle ex festività soppresse, che normalmente avviene attraverso il riconoscimento di permessi individuali;
- la durata del periodo di prova;
- la durata del periodo di preavviso;
- durata del periodo di comporta in caso di malattia e infortunio;
- malattia e infortunio, con particolare riferimento al riconoscimento di un’eventuale integrazione delle relative indennità;
- maternità ed eventuale riconoscimento di un’integrazione della relativa indennità per astensione obbligatoria e facoltativa;
- monte ore di permessi retribuiti;
- bilateralità;
- previdenza integrativa;
- sanità integrativa.

³⁷ In tal modo discostandosi dalla Circolare dell’Ispettorato del lavoro ove si riteneva sufficiente lo scostamento su un parametro normativo per escludersi l’equivalenza tra le due fonti collettive.

p.a. di escludere l'offerta del concorrente, che, in ragione dell'applicazione di un diverso CCNL, «preveda un costo del personale inferiore rispetto a quello stabilito dal CCNL indicato dalla stazione appaltante negli atti di gara (...) in quanto irrispettosa delle condizioni contrattuali minime fissate dall'Amministrazione per l'aggiudicazione dell'appalto».

Nel complesso, l'approccio seguito da ANAC appare convincente, essendo volto a favorire la compatibilizzazione tra le diverse esigenze, tramite un'interpretazione delle disposizioni in esame che, da un lato, tiene conto dell'obiettivo primario dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, come pure delle esigenze concorrenziali "strumentali" al risultato; dall'altro, "rispetta" la volontà del legislatore di chiudere il più possibile la concorrenza basata unicamente su un ribasso dei costi del lavoro, rafforzando le garanzie di equo trattamento dei lavoratori nonché tutte le altre esigenze sottese alla tutela dei lavoratori impiegati negli appalti pubblici.

Un giudizio di differente tenore va invece riservato alla recente pronuncia del Tar Lombardia, Brescia, 1° ottobre 2024, n. 773 che oltre a non tener conto di quel processo di "demitizzazione" della concorrenza realizzato da Codice del 2023, ha fornito un'interpretazione delle previsioni analizzate che appare non conforme al loro tenore letterale. E invero il giudice lombardo, dopo aver osservato che l'art. 11 «provoca una limitazione della libertà di organizzazione aziendale, e dunque non può essere interpretato in senso eccessivamente restrittivo», arriva ad affermare che la «equivalenza dei CCNL non richiede la parità di retribuzione», potendo l'impresa mantenere il proprio CCNL «purché, secondo una valutazione complessiva, giuridica ed economica, sussistano i seguenti requisiti: (i) il trattamento dei lavoratori impiegati in tale gara non sia eccessivamente inferiore a quello dei CCNL individuati dalla stazione appaltante; (ii) vi sia corrispondenza, o almeno confrontabilità, tra le mansioni del CCNL applicato e le lavorazioni oggetto dell'appalto».

3. I meccanismi di verifica e la definitiva consacrazione del controllo sul rispetto del CCNL quale “questione della fase di gara”

L'effettività dell'equo trattamento dei lavoratori impiegati nelle commesse pubbliche dipende anche da profili ulteriori alla fissazione di un determinato *standard* di tutela. Un aspetto dirimente attiene alla predisposizione di strumenti che consentano di verificare (e se del caso imporre) il rispetto dei relativi obblighi posti in capo agli operatori economici. Sul punto il Codice del 2023 – oltre a confermare in fase esecutiva l'efficace meccanismo basato sull'intervento sostitutivo della stazione appaltante nei casi di inadempienza contributiva e di ritardo nel pagamento delle retribuzioni (art. 11 co. 5)³⁸ – introduce novità significative.

Ai sensi degli artt. 102 e 11, co. 4 del nuovo Codice, negli atti di gara le stazioni appaltanti devono richiedere agli operatori economici

³⁸ Nello specifico, nei casi inadempienza contributiva risultante dal DURC, la stazione appaltante «trattiene dal certificato di pagamento l'importo corrispondente all'inadempienza per il successivo versamento diretto agli enti previdenziali e assicurativi, compresa, nei lavori, la cassa edile». Più articolato è il procedimento nelle ipotesi di ritardo nel pagamento delle retribuzioni. Preliminarmente, il responsabile unico del progetto invita per iscritto il soggetto inadempiente, ed in ogni caso l'affidatario, a provvedervi entro i successivi quindici giorni. In assenza di contestazioni formali e motivate, qualora l'inadempimento perduri, entro lo stesso periodo la stazione appaltante «paga anche in corso d'opera direttamente ai lavoratori le retribuzioni arretrate», detraendo il relativo importo dalle somme dovute all'aggiudicatario ovvero «al subappaltatore inadempiente nel caso in cui sia previsto il pagamento diretto». Appare condivisibile l'osservazione secondo cui sarebbe proprio l'efficacia di questo meccanismo a comportare una scarsa diffusione del contenzioso davanti al giudice del lavoro, in relazione alla fase di esecuzione della commessa; così I., ALVINO, *Clausole sociali, appalti e disgregazione della contrattazione collettiva nel 50° anniversario dello Statuto dei lavoratori*, in: “Lavoro Diritti Europa”, n. 2, 2020, p. 11. Sul tema cfr. anche G. RICCI, *op. cit.*, che richiama interessanti pronunce ove è stato rideterminato il trattamento economico spettante al lavoratore, facendo leva sulla violazione dell'art. 30, co. 4, d.lgs. n. 50/2016. Peraltro, tale meccanismo dovrebbe rendere non problematica, in relazione agli obblighi di equo trattamento, la mancata previsione anche nel nuovo Codice di strumenti (es. penali, clausole risolutive) volti a garantire il rispetto delle clausole sociali in fase esecutiva che, notoriamente, rappresenta il “tallone d'Achille” dei contratti pubblici sostenibili.

di *assumere l'impegno* di garantire l'applicazione di un CCNL secondo quanto previsto dai co. da 1 a 3 dell'art. 11, nonché di *precisare le modalità* con cui intendono rispettare tali impegni; spetta quindi alla p.a. *verificare l'attendibilità degli impegni* assunti con riguardo alla sola offerta dell'aggiudicatario (utilizzando qualsiasi mezzo, anche tramite *le modalità* di cui all'art. 110 in tema di verifica dell'anomalia)³⁹.

Plurime appaiono essere le ricadute di tale previsione.

In una prospettiva più generale, l'art. 102 – che si applica anche alle clausole sociali di riassorbimento e a quelle di occupazione promozionale – dovrebbe comportare il definitivo superamento della valenza generale della regola, su cui si tornerà *amplius* al paragrafo 4, secondo cui il mancato rispetto degli obblighi posti negli atti di gara quali condizioni di esecuzione può essere rilevato dall'amministrazione solo in fase esecutiva.

Con specifico riferimento alla garanzia dell'equo trattamento, tali previsioni confermano l'obbligo generale delle stazioni appaltanti di procedere, prima dell'aggiudicazione, a una verifica sui costi della manodopera indicati dall'offerente, ma introducono novità di assoluto rilievo in relazione sia al *parametro di riferimento* sia alle *modalità* di tale verifica.

Quanto al primo profilo (parametro della verifica), si richiede alla stazione appaltante di accertare il rispetto non più dei minimi salariali retributivi di cui alle tabelle ministeriali (cfr. art. 95, co. 10 del d.lgs. n. 50/2016), bensì del contenuto normativo e retributivo del contratto collettivo indicato negli atti di gara, ovvero quello di diverso ma equivalente scelto dall'operatore economico. Gli effetti di questa modifica dovrebbero risultare dirimpenti, dal momento che il rispetto del CCNL da parte

³⁹ Così l'art. 102, ma corrispondente appare la portata precettiva dell'art. 11, co. 4 che però specifica come, nei in cui l'operatore economico ai sensi del comma 3 indichi un CCNL diverso da quello previsto dagli atti di gara, la stazione appaltante prima di procedere all'affidamento o all'aggiudicazione deve acquistare una sua «dichiarazione di equivalenza delle tutele» che può essere verificata anche con le modalità previste dall'art. 110 in tema di anomalia. Va precisato come, alla luce del contenuto complessivo del co. 4, l'inciso iniziale «Nei casi di cui al comma 3» non sia corretto, presentando il co. 4 un contenuto che interessa anche i primi due commi dell'art. 11. Il richiamo alle modalità di cui all'art. 110 dovrebbe riguardare esclusivamente il modo di esplicitarsi del contraddittorio, non il carattere globale e sintetico del giudizio di anomalia.

dell'impresa, con cui fino ad ora il giudice amministrativo si è imbattuto solo (indirettamente) nell'ambito del controllo sul rispetto dei minimi retributivi delle tabelle ministeriali di cui all'art. 41, co. 13, diventa ora questione riguardante in modo integrale e diretto (anche) la fase di gara. Peraltro, rispetto alla verifica dei costi della manodopera di cui all'art. 95, co. 10 del vecchio Codice, quella *ex* art. 102 del d.lgs. n. 36/2023 dovrebbe caratterizzarsi per un maggior rigore, stante il diverso parametro (i contenuti dei CCNL sono dotati di maggiore rigidità rispetto alle tabelle) che dovrebbe impedire ogni scostamento al ribasso che non sia puntualmente giustificato da efficienze organizzative dell'impresa.

Con riguardo invece alle modalità della verifica sull'obbligo di applicare un determinato CCNL, dalle previsioni esaminate (artt. 11, co. 2, 3 e 4 e 102) e dal binomio risultato-fiducia si potrebbe ricavare un duplice obbligo: uno in capo alla stazione appaltante, l'altro agli offerenti.

Alla p.a. sarebbe richiesto lo sforzo, oltre che di individuare e indicare il CCNL da applicare, di riportare negli atti di gara i parametri normativi e retributivi che concretano il livello minimo di tutela da rispettare, così da compensare quel deficit di trasparenza che caratterizza le fonti collettive. Si tratterebbe di un onere coerente con l'inquadramento "strumentale" della trasparenza di cui all'art. 1, co. 2 del Codice, senza che ciò costituisca un eccessivo aggravamento nella fase di costruzione degli atti di gara; d'altronde, si tratterebbe di rendere pubblici dati e informazioni con cui la stazione appaltante si è già confrontata dal momento che il nuovo Codice richiede alla stessa una gestione *ab* origine consapevole e unitaria dei costi della manodopera.

Quanto agli operatori economici, l'art. 102 non dovrebbe essere inteso quale adempimento meramente formale, potendosi ricavare da questa previsione l'onere per le imprese – in particolare per quelle che nell'offerta indicano un costo della manodopera inferiore a quello individuato dall'amministrazione – di illustrare, già in sede di offerta, quelle efficienze organizzative (e le altre limitate ragioni sui cfr. *infra*) che possono giustificare lo scostamento. Una sorta di anticipazione della motivazione sui ribassi della manodopera e del contraddittorio, quindi, coerente con la

maggiore rigidità oggi riconosciuta ai costi della manodopera, oltre che con i principi del risultato e della fiducia.

Questa prospettiva trova riscontro, anche se solo in parte, nella Nota illustrativa al Bando tipo n. 1/2023, in particolare nella misura in cui ANAC ha dapprima osservato che, «per garantire l'effettività degli impegni assunti, l'operatore economico si dovrebbe impegnare a dimostrare, in caso di aggiudicazione, il loro rispetto attraverso la messa a disposizione dei dati relativi al trattamento giuridico ed economico dei lavoratori addetti all'affidamento»⁴⁰; a tal fine, si richiede agli offerenti, già in sede di offerta tecnica, «di presentare la dichiarazione di equivalenza delle tutele e l'eventuale documentazione a supporto», contenente tutti gli elementi necessari per la stazione appaltante per accertare che l'operatore economico garantisca almeno le stesse tutele ai propri dipendenti in merito alle tutele normative ed economiche del CCNL di riferimento (...).

Per tirare le fila del ragionamento sull'art. 11 e sulle altre disposizioni poste a garanzia dell'equo trattamento dei lavoratori, se presa sul serio la disciplina del nuovo Codice dovrebbe rendere più rigido l'importo della manodopera indicato negli atti di gara e tra loro più uniformi i costi del personale degli offerenti, chiudendo quasi ogni spazio a dinamiche di *dumping* sociale e, quindi, favorendo un competizione "fair", incentrata esclusivamente sull'efficienza organizzativa, sulla qualità tecnica dell'offerta e sulla sua effettiva rispondenza ai bisogni dell'amministrazione. Al tempo stesso, però, l'aver consacrato l'ammissibilità di ribassi giustificati da efficienze organizzative (che non implicano né una riduzione della tutela lavoristica né un pregiudizio per la buona esecuzione della prestazione) dovrebbe prevenire gli effetti distorsivi che deriverebbero da un totale irrigidimento del costo del lavoro e dalla sua completa

⁴⁰ Viene inoltre puntualizzato che «Ciò potrebbe avvenire, ad esempio, mediante il Documento di Congruità Occupazione Appalto (DoCOA). Premesso che sono rari i casi in cui due contratti presentano esattamente lo stesso articolato, si ritiene che, la dichiarazione di equivalenza debba dimostrare che il diverso CCNL adottato, al di là del nomen iuris, garantisca tutele equiparabili».

sottrazione al gioco competitivo. Quanto alla verifica, già in fase di gara, dell'integrale rispetto da parte dell'aggiudicatario del contenuto normativo e retributivo del contratto collettivo, si tratta di un compito non semplice per le stazioni appaltanti che, tuttavia, potrà essere agevolato da approcci all'insegna della collaborazione tra p.a. e operatori economici.

4. Le clausole sociali di stabilità occupazionale tra esigenze di mercato e risultato amministrativo

L'esigenza di tutela dei lavoratori impiegati nelle commesse pubbliche non è legata soltanto ai rischi che le dinamiche competitive e le politiche di contenimento della spesa pubblica possono comportare in termini di ribasso salariale. L'apertura di tale mercato alla concorrenza accentua, infatti, la necessità di rapporti negoziali di durata limitata, con la conseguenza che è ipotesi fisiologica il c.d. "cambio appalto". Com'è noto, tale evenienza può portare a una riduzione del monte ore complessivo e individuale di lavoro e, più probabilmente, alla discontinuità e/o alla perdita dell'impiego. Si può sostenere, quindi, che la concorrenza nel settore dei contratti pubblici, ancor più che nel settore degli appalti privati, produca esternalità sociali negative.

Tale esigenza di tutela dei lavoratori trova, a livello nazionale, da tempo riscontro in diverse norme settoriali, nonché a livello di contratti collettivi, ove si rintracciano previsioni sulle c.d. clausole sociali di riassorbimento (o di seconda generazione o di c.d. "imponibile di manodopera"), il cui obiettivo è garantire la stabilità occupazionale dei lavoratori impiegati nell'esecuzione del contratto dal precedente aggiudicatario prevedendo l'inserimento, negli atti di gara, di specifici obblighi in capo al nuovo contraente⁴¹.

⁴¹ Cfr. M. GIACONE, *L'impiego strategico degli appalti pubblici alla luce del d.lgs. 50/2016*, cit., p. 92 ss.; L. FERRARA, *Clausole sociali e responsabilità dell'impresa nei contratti pubblici, tra diritto interno, europeo e globale*, in: "Amministrativamente", n. 3-4, 2018, p. 3 ss.; fondamentale rimane sul tema il

Il Codice del 2016, e con una scelta autonoma rispetto al diritto Ue, ha introdotto un obbligo generale per le stazioni appaltanti di inerire negli atti di gara «*specifiche clausole sociali volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato*» (art. 50)⁴².

Una previsione corrispondente è stata introdotta nell'art. 57, co. 1 del d.lgs. n. 36/2023 che richiede alla stazione appaltante, per tutti gli appalti «di lavori e servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale e per i contratti di concessione», di inserire «specifiche clausole sociali con le quali sono richieste, come requisiti necessari dell'offerta, misure orientate tra l'altro a garantire» le «pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate» e la «stabilità occupazionale del personale impiegato»⁴³.

La nuova disciplina estende, per un verso, l'ambito applicativo dell'obbligo per le stazioni appaltanti di prevedere clausole sociali di seconda generazione (quelle appunto volte ad assicurare, compatibilmente con le scelte organizzative dell'impresa, la stabilità occupazionale dei lavoratori nei casi di cambio appalto)⁴⁴. Per altro verso, la medesima disposizione amplia lo spettro di interessi sociali cui le stazioni appaltanti sono tenute a dar rilievo negli atti di gara, inclu-

contributi di E. GHERA, *Le c.d. clausole sociali: evoluzione di un modello di politica legislativa*, in: "Diritto delle relazioni industriali", n. 2, 2001, p. 133 ss.

⁴² Con la precisazione che ciò deve avvenire nel rispetto dei principi dell'Unione europea.

⁴³ R. CARANTA, S. FICHERA, *Il nuovo codice degli appalti pubblici e le tutele sociali dal punto di vista dell'amministrativista*, in: "Rivista giuridica del lavoro", n. 1, 2024, p. 31 ss.; R. ROMEI, *I nodi intricati delle clausole sociali di seconda generazione*, in: "Diritto delle relazioni industriali", n. 1, 2024, p. 231 ss. W. GIULIETTI, *La tutela del lavoro nei contratti pubblici attraverso le clausole sociali*, in: "Il diritto dell'economia", n. 1, 2023, p. 11 ss.; G. GROE, *Le clausole sociali tra stabilità occupazionale e sostenibilità ambientale*, in: "Diritto processuale amministrativo", n. 4, 2023, p. 863 ss.

⁴⁴ In precedenza, infatti, il carattere *mandatory* della clausola sociale di riasorbimento si riteneva circoscritto ai soli affidamenti ad alta intensità di manodopera; quantomeno, questa è stata l'interpretazione fatta propria da ANAC (Linee guida n. 13) e, in modo unanime, dalla giurisprudenza amministrativa.

dendovi la promozione dell'occupazione di giovani, donne, persone con disabilità o svantaggiate. La scelta di "sovraccaricare" i profili funzionali della disposizione, includendovi le clausole sociali di terza generazione, non appare frutto di una particolare meditazione, come attestano il relativo iter legislativo⁴⁵ e, soprattutto, le difficoltà che si stanno registrando nelle prime esperienze applicative. Invero, non sempre tutte le finalità sociali indicate da tale disposizione possono essere agevolmente perseguite contemporaneamente, nell'ambito della stessa procedura di affidamento. Anzi, in diverse ipotesi di cambio appalto, la tutela la stabilità occupazionale del precedente aggiudicatario può rivelarsi ostativa alla promozione dell'occupazione di giovani, donne, disabili e lavoratori svantaggiati, quantomeno se entrambe le finalità vanno perseguite, come richieste dall'art. 57, mediante *requisiti necessari dell'offerta* (senza cioè la possibilità di ricorrere a soluzioni gradualistiche quali i criteri di aggiudicazione). Sarebbe quindi auspicabile, in sede di correttivo al Codice, un intervento manutentivo sul punto⁴⁶.

A differenza della pluralità di *rationes* che caratterizza la disciplina sull'equo trattamento, alla base delle clausole di riassorbimento vi è una finalità preminentemente sociale (la garanzia della stabilità

⁴⁵ Clausole sociali di terza generazione (o di occupazione promozionale) che sono state valorizzate dal d.l. n. 77/2021 per i contratti del PNRR nonché dalla l. 21 giugno 2022, n. 78 ("Delega al Governo in materia di contratti pubblici"; cfr. art. 1, co. 2 lett. h), mentre sono state "marginalizzate" nel nuovo Codice soli contratti riservati di cui all'art. 61 e all'Allegato II.3. Per un inquadramento delle misure relative ai contratti PNRR v. D. CAPOTORTO, *Giustizia sociale e pari opportunità nei contratti pubblici per la ripresa post-pandemica*, in: "Nuove autonomie", n. 3, 2021, p. 799 ss. e F. PANTANO, *Clausole sociali, concorrenza, investimento pubblico e tutela del lavoro: dal Codice dei contratti pubblici al PNRR*, in: "Federalismi.it", n. 25, 2022, p. 169 ss. In generale, sull'impatto del PNRR sul settore dei contratti pubblici, E. D'ALTERIO, *Riforme e nodi della contrattualistica pubblica*, in: "Diritto amministrativo", 2022, p. 667 ss.

⁴⁶ Nella proposta emendativa del testo del d.lgs. n. 36/2023 (pubblicato sul sito web il 27 luglio 2024 e poi modificata), ANAC propone di prevedere la tutela dei lavoratori svantaggiati solo nell'ambito delle procedure riservate di cui all'art. 61, eliminando quindi il riferimento a tale finalità sociale nell'art. 57, co. 1.

occupazionale dei lavoratori). Nel prevedere il loro inserimento negli atti di gara come, il legislatore ha quindi compiuto una precisa ed univoca scelta politica: all'interesse sociale alla tutela del posto di lavoro (art. 35 e 4 Cost. e art. 15 Carta di Nizza) è stata riconosciuta prevalenza nel bilanciamento con altri interessi, che tale clausola sociale finisce inevitabilmente per comprimere. Tra questi, senz'altro la libertà dell'imprenditore – riconducibile all'art. 41 Cost. e all'art. 16 della Carta di Nizza – di dimensionare e scegliere il personale impiegato nell'azienda; inoltre tale clausole può scoraggiare la partecipazione alla gara e limitare la platea dei concorrenti e, a determinate condizioni, anche favorire il precedente aggiudicatario nella successiva competizione⁴⁷.

In questa prospettiva trova piena giustificazione la posizione, ormai granitica, della giurisprudenza amministrativa secondo cui la clausola sociale deve essere intesa in maniera elastica e non rigida, rimanendo in capo all'operatore economico concorrente finanche la valutazione in merito all'assorbimento dei lavoratori impiegati dal precedente aggiudicatario. In altri termini, l'applicazione della clausola sociale non può comportare un indiscriminato e generalizzato dovere di assorbimento del personale utilizzato dall'impresa uscente, con la conseguenza che i lavoratori che non trovano spazio nell'organigramma dell'appaltatore subentrante e che non vengano ulteriormente impiegati dall'appaltatore uscente in altri settori, sono destinatari delle misure legislative in materia di ammortizzatori sociali. Pertanto, il riassorbimento del personale può essere imposto nella misura e nei limiti in cui rispetti le scelte organizzative dell'impresa, non essendo questa obbligata ad applicare ai lavoratori esattamente

⁴⁷ Invero, la *par condicio* tra operatori economici potrebbe risultare compromessa in caso di applicazione eccessivamente rigida di siffatta clausola, tale da imporre al nuovo aggiudicatario di replicare interamente l'assetto organizzativo delle maestranze del precedente aggiudicatario, con evidente vantaggio competitivo per quest'ultimo; nonché nel caso in cui il nuovo aggiudicatario non rispetti, in fase esecutiva, l'obbligo di riassunzione imposto dagli atti di gara che ben potrebbe aver indotto altre imprese a non concorrere per l'aggiudicazione del contratto; cfr. Cons. Stato, sez. VI, 26 giugno 2012, n. 3764.

le stesse mansioni e qualifiche che avevano alle dipendenze del precedente datore di lavoro. Solo così ridimensionata, la clausola sociale viene ritenuta compatibile con gli obiettivi di apertura del mercato alla concorrenza, 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 affidamento⁴⁸.

Tale posizione della giurisprudenza è sempre apparsa nel suo complesso condivisibile dal momento che un'applicazione rigida e automatica delle clausole sociali di seconda generazione (“devi assumere tutti i dipendenti impiegati nell'esecuzione del contratto dal precedente aggiudicatario, garantendo loro le medesime condizioni anche in termini di mansioni e di inquadramento”) pare effettivamente problematica sia sotto il profilo della *par condicio*, nella misura in cui un'applicazione rigida di tale clausola potrebbe favorire il precedente aggiudicatario; sia con riguardo alla libertà di impresa intesa quale auto-organizzazione dei fattori produttivi da parte dell'imprenditore⁴⁹.

Tuttavia, in vigenza del Codice del 2016 la giurisprudenza amministrativa tendeva ad adottare approcci “binari”, ovvero a prendere in considerazione e a mettere a confronto l'interesse sociale di tutela della stabilità occupazionale e quello di mercato, inteso sia in senso oggettivo (massima concorrenza), sia in senso soggettivo (libertà imprenditoriale degli operatori economici). Si era quindi criticato criticato tale approccio nella misura in cui finiva per porre in secondo piano l'obiettivo primario dell'operazione contrattuale dell'amministrazione e della

⁴⁸ Da ultimo, Cons. Stato, sez. V, 5 aprile 2024, n. 3144; 15 novembre 2023, n. 9790; 1° agosto 2023, n. 7444.

⁴⁹ Quest'ultimo, infatti, non potrebbe utilizzare meno personale (o lo stesso numero di unità, ma per meno ore) anche in quei casi in cui ciò sia frutto di una migliore organizzazione e gestione del personale e degli altri fattori produttivi, ovvero dell'utilizzo di nuove tecnologie; gli sarebbe precluso di organizzare l'attività svolta per conto dell'amministrazione in conformità con la sua struttura organizzativa e potrebbe essere costretto a dover rinunciare all'utilizzo di personale altamente qualificato sul quale ha investito in formazione e fidelizzato attraverso buone pratiche di *human management*.

disciplina di settore, ovvero l'interesse specifico del contratto e quello di buon andamento nell'esecuzione della prestazione, rispetto ai quali non risulta del tutto indifferente una soluzione interpretativa delle clausole sociali di riassorbimento in luogo dell'altra⁵⁰.

Sul punto non poteva non incidere l'impostazione di fondo del nuovo Codice che, individuando la «stella polare» nel principio del risultato, ha sancito la preminenza dell'interesse specifico del contratto e del *value for money* e, quindi, della «funzione di committenza pubblica»⁵¹. Tale evoluzione sistematica trova evidente riflesso nella sentenza Cons. Stato, sez. V, 25 maggio 2024, n. 807 che ha abbandonato il suddetto approccio «binario», ponendo al centro delle operazioni di bilanciamento il buon andamento dell'azione amministrativa e l'interesse di committenza, come testimoniato dal passaggio secondo cui «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». Al riguardo il giudice amministrativo ha inoltre precisato che l'applicazione elastica della clausola sociale di riassorbimento serve a bilanciare la tutela sociale non solo con le libertà economiche, ma anche con «le prerogative pubblicistiche di buon andamento dell'attività amministrativa», e, per esso, «delle esigenze correlate alla scarsità di risorse a disposizione per lo svolgimento delle funzioni pubbliche», non potendo in ragione di tale principio la p.a. accollarsi «costi non necessari per lo svolgimento della commessa, supportati dalle sole esigenze di tutela occupazionale».

Tali indicazioni su come applicare in modo elastico le clausole sociali assumono maggior rilievo dal momento che, come anticipato, il Codice del 2023 ha definitivamente consacrato il superamento della tendenziale irrilevanza in fase di gara degli obblighi di riassorbimento. Sul punto occorre soffermarsi brevemente.

⁵⁰ Sia nuovamente consentito rinviare a E. CARUSO, *La funzione sociale*, cit., 451 ss.

⁵¹ G. NAPOLITANO, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in: «Giornale di diritto amministrativo», n. 3, 2023, p. 287 ss.

Com'è noto, sono diverse le circostanze che possono privare di effettività la finalità sociale perseguita dalla previsione in esame, a partire dal mancato inserimento della clausola sociale negli atti di gara, che comporta l'illegittimità degli stessi. Per quanto invece concerne l'"inadempimento" dell'operatore economico, si può distinguere tra, da un lato, le ipotesi di mancata accettazione della clausola sociale al momento di presentazione dell'offerta, che può essere qualificata quale volontà di presentare una «offerta condizionata» non ammissibile nei contratti pubblici e che, in quanto tale, giustifica l'esclusione dell'offerente dalla procedura⁵²; e, dall'altro, i casi di mancata ottemperanza dell'obbligo nella fase contrattuale che, interessando la fase esecutiva, fanno venir in rilievo l'operatività degli strumenti (eventualmente) previsti per tale fase (penali, clausole risolutive espresse, risoluzione, etc.). Maggiori incertezze si sono avute in merito all'ammissibilità di soluzioni "intermedie", tali cioè da consentire alle stazioni appaltanti di rilevare già in fase di gara (e "sanzionare" con l'esclusione) l'eventuale inidoneità dell'offerta a soddisfare l'obbligo di riassorbimento previsto dalla *lex specialis*. Inizialmente, tale possibilità doveva considerarsi preclusa in virtù della (discussa)⁵³ regola di origine pretoria sulla tendenziale irrilevanza in fase di gara degli obblighi posti quali condizioni di esecuzione: la stazione appaltante poteva solo pretendere che l'accettazione da parte dell'offerente di tale obbligo, ma non verificarne l'effettivo rispetto. Questo quadro si è evoluto grazie al Consiglio di Stato che, nel parere sulle Linee guida in tema di clausole sociali, ha proposto l'inserimento nelle offerte di un vero e proprio "piano di compatibilità" o "progetto di assorbimento": in tale documento l'operatore economico deve illustrare in che modo, ottenuta l'aggiudicazione, intenda rispettare la clausola sociale, individuando le concrete condotte che verranno

⁵² Cfr. Linee guida ANAC n. 13.

⁵³ Cfr. L. ANKERSMIT, *The contribution of EU public procurement law to corporate social responsibility*, in: "European Law Journal", n. 1-2, 2020, p. 16; S. ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement. Regulation in the EU and UK*, vol. II, 3^a ed., Sweet & Maxwell, Londra, 2018, p. 756.

adottate nei confronti dei lavoratori; ciò sia a maggior garanzia di questi ultimi, sia per «*consentire alla stazione appaltante di valutare l'effettiva volontà di rispettare la clausola*».

Tale impostazione, già in parte seguita da ANAC nella versione finale delle Linee guida, ha poi trovato sostanziale conferma nel nuovo Codice, in particolare nell'art. 102 che impone alle stazioni appaltanti di richiedere agli operatori economici – negli atti di gara e tenuto conto delle prestazioni oggetto del contratto – di assumere l'impegno, tra gli altri, di rispettare gli obblighi di riassorbimento e di occupazione promozionale di cui all'art. 57, co. 1 del Codice. Ai sensi del co. 2 dello stesso art. 102, l'operatore economico deve illustrare nell'offerta «*le modalità con le quali intende adempiere quegli impegni*», mentre la stazione appaltante deve verificare «*l'attendibilità degli impegni assunti con qualsiasi adeguato mezzo, anche con le modalità di cui all'articolo 110, solo nei confronti dell'offerta dell'aggiudicatario*». È evidente come il progetto di riassorbimento costituisca uno strumento che consente alle p.a. di adempiere tale funzione di verifica.

Si tratta di soluzione da giudicare senz'altro con favore che, innanzitutto, dovrebbe consentire di superare i profili problematici riscontrati in vigenza del precedente Codice, ove la “flessibilità” delle clausole sociali, in combinato con la garanzia della libertà di impresa cui la suddetta flessibilità è funzionale, potevano costituire “pretesti” tali da consentire agli operatori economici di “aggirare” l'obbligo di riassorbimento, se non addirittura di adottare comportamenti opportunistici⁵⁴.

Il presente contributo è stato pubblicato durante l'iter di approvazione del decreto legislativo recante «*Disposizioni integrative e correttive al codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36*». Nello schema di decreto sottoposto a parere parlamentare nel novembre 2024, diverse previsioni esaminate in questo scritto sono oggetto di modifica e/o integrazione (cfr. art. 1

⁵⁴ Cfr. D. CAPOTORTO, *Clausole sociali e moral hazard: la regolazione che punisce il virtuoso e premia l'opportunist*, in: “Giornale di diritto amministrativo”, n. 1, 2021, p. 47 ss.

dello schema in relazione all'art. 11 del Codice; art. 14 dello schema in relazione all'art. 57 del Codice e art. 17 dello schema in relazione all'art. 61 del Codice). Le tempistiche editoriali non consentono di dar conto in questa sede di tali possibili novità, comunque già criticate da parte degli stakeholders. Ci si limita a osservare come lo schema di correttivo non stravolge, in relazione agli istituti esaminati, l'impostazione del d.lgs. n. 36/2023, venendo quindi confermate le linee di fondo indicate nel testo.