

Diana Campobasso

Leonello Marraccini

Pierdaniilo Melandro

Le clausole sociali nei contratti pubblici

Una ricerca in chiave comparata tra la disciplina nazionale e quella dei maggiori ordinamenti europei

CGIL



FILCAMS



Centro studi
Filcams CGIL



CeMu
Centro
Multiservizi



Diana Campobasso Leonello Marraccini

Pierdanilo Melandro

Le clausole sociali nei contratti pubblici

Una ricerca in chiave comparata tra
la disciplina nazionale e quella dei
maggiori ordinamenti europei



Nota redazionale:

La ricerca è stata commissionata dalla Filcams CGIL Nazionale agli autori a giugno 2022 e consiste in un focus specifico sulle clausole sociali tanto nell'ordinamento nazionale (Codice appalti 50/2016 e vari D.lgs., Linee guida ANAC, circolari INL) che in comparazione con gli ordinamenti di altri Paesi europei.

La categoria, infatti, si è voluta interrogare, anche su come, a fronte di una normativa europea di riferimento comune, i vari Stati abbiano declinato il principio, assunto come prioritario, della protezione sociale e della promozione di un elevato livello di occupazione e dato attuazione alla Direttiva europea 2014/24, in materia di clausole di tutela dei lavoratori impiegati negli appalti pubblici.

La ricerca prende in esame le norme del “vecchio” Codice dei contratti pubblici (D.lgs. 50/2016) che resterà in vigore, ad oggi, fino al 30 giugno 2023, anche per dare evidenza della consequenzialità degli interventi legislativi in materia di clausole sociali e regolativi degli appalti pubblici in Italia.

Inoltre, a partire dall'introduzione e, soprattutto, nei capitoli 1.7 e 3.6, gli autori hanno svolto una prima analisi e commento dei contenuti del nuovo Codice dei contratti pubblici (D.lgs. 36/2023), in attesa di un'ulteriore e più approfondita disamina degli impatti delle nuove regole sugli appalti di servizi.

Marzo 2023

Indice

1. Evoluzione della tutela dei lavoratori negli appalti pubblici	11
1.1. <i>Il quadro normativo eurounitario</i>	11
1.2. <i>L'ordinamento interno</i>	16
1.2.1. <i>Cambio di appalto e trasferimento di azienda</i>	20
1.3. <i>Le Linee guida ANAC n. 13 recanti "La disciplina delle clausole sociali"</i>	22
1.3.1. <i>Il progetto di riassorbimento</i>	25
1.4. <i>Le clausole sociali nella giurisprudenza: il difficile equilibrio tra stabilità occupazionale e libertà d'impresa</i>	30
1.5. <i>La tutela dei lavoratori nel subappalto dopo il decreto Semplificazioni-bis</i>	36
1.6. <i>Lo strumento dei Protocolli di legalità: il caso della regione Emilia-Romagna</i>	39
1.7. <i>La tutela dei lavoratori nel nuovo Codice dei contratti pubblici</i>	41
2. Comparazione di tre modelli europei	47
2.1. <i>Inquadramento</i>	47
2.2. <i>Il modello francese</i>	48
2.3. <i>Il modello spagnolo</i>	54
2.4. <i>Il modello tedesco</i>	60
3. Le prospettive delle tutele sociali nei contratti pubblici tra PNRR e riforma del Codice dei contratti pubblici	66
3.1. <i>La crisi economica e sociale e la risposta dell'UE</i>	66
3.2. <i>La risposta dell'Italia e l'adozione del Piano nazionale di ripresa e resilienza</i>	68
3.3. <i>Il decreto Governance PNRR e il rafforzamento delle tutele sociali</i>	69

<i>3.3.1. Il rapporto sulla situazione del personale ex art. 47, comma 2, D.L. 77/2021</i>	71
<i>3.3.2. La relazione di genere sulla situazione del personale maschile e femminile ex art. 47, comma 3, D.L. 77/2021</i>	74
<i>3.3.3. La dichiarazione di regolarità sul diritto al lavoro delle persone con disabilità ex art. 47, comma 3-bis, D.L. 77/2021</i>	75
<i>3.3.4. Clausole contrattuali e misure premiali ex art. 47, commi 4 e 5, D.L. 77/2021</i>	76
<i>3.3.5. Monitoraggio dell'applicazione delle clausole di cui all'art. 47 D.L. 77/2021</i>	79
<i>3.4. Ulteriori misure urgenti per l'attuazione del PNRR, D.L. 36/2022</i>	81
<i>3.5. La legge delega 78/2022 e l'avvio della riforma dei contratti pubblici</i>	82
<i>3.6. Il D.lgs. 36/2023 recante il nuovo Codice dei contratti pubblici</i>	85

Introduzione

Il nuovo Codice dei contratti pubblici (D.lgs. 36/2023), che entrerà in vigore il primo luglio 2023 sostituendo il D.lgs. 50/2016, disciplina i contratti di appalto e di concessione aventi ad oggetto l'acquisizione di servizi, forniture e lavori nonché i concorsi pubblici di progettazione. Come è ormai noto, in questo contesto, il legislatore ha previsto che le stazioni appaltanti (i soggetti, pubblici o privati, che acquistano applicando il Codice dei contratti pubblici) debbano inserire nella disciplina di gara delle specifiche clausole sociali finalizzate a garantire e favorire la stabilità occupazionale del personale impiegato.

Il nuovo Codice dispone all'art. 57, riprendendo quanto già previsto all'art. 50 del Codice del 2016, che 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, gli avvisi e gli inviti, nel rispetto dei principi dell'Unione europea, dovranno prevedere una specifica clausola sociale volta a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato. Questa previsione integra e si aggiunge all'obbligo per l'appaltatore (e il subappaltatore) di applicare i contratti collettivi strettamente connessi con l'attività oggetto dell'appalto.

Pertanto, se da una parte l'art. 57 circoscrive il proprio ambito di applicazione alla tutela del mantenimento del posto di lavoro in caso di cambio di appalto, con l'obiettivo di salvaguardare la stabilità occupazionale e la professionalità dei lavoratori utilizzati dall'impresa uscente, dall'altra l'art. 11, che enuncia il principio di applicazione dei contratti collettivi nazionali di settore, prescrive alle stazioni appaltanti di valorizzare aspetti ulteriori rispetto alla mera tutela occupazionale dei lavoratori dell'impresa uscente.

Per aiutare le stazioni appaltanti nell'applicazione delle clausole

sociali, l'ANAC nel 2019 ha approvato le Linee guida n. 13, che contengono indicazioni, non vincolanti, circa le modalità di attuazione e di funzionamento dell'istituto della clausola sociale e stabiliscono che il concorrente allegghi alla documentazione di gara un progetto di assorbimento, al fine di illustrare le modalità di cui sopra, con particolare riferimento al numero dei lavoratori che beneficeranno della stessa e al relativo inquadramento e trattamento economico.

Pur nel rispetto dell'ordinamento dell'Unione europea, che ha tracciato precisi ambiti di operatività delle tutele sociali definite dagli Stati membri, il legislatore nazionale ha posto l'accento sul difficile equilibrio tra stabilità occupazionale e libertà d'impresa.

1.

L'evoluzione della tutela dei lavoratori negli appalti pubblici

1. Il quadro normativo eurounitario

La normativa eurounitaria affronta per la prima volta il tema relativo alla tutela del lavoro e dei lavoratori nel Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (di seguito anche solo TFUE), stipulato a Roma nel 1957, e in particolare nell'art. 9, ai sensi del quale «nella definizione e nell'attuazione delle sue politiche e azioni, l'Unione tiene conto delle esigenze connesse con la promozione di un elevato livello di occupazione, la garanzia di un'adeguata protezione sociale, la lotta contro l'esclusione sociale e un elevato livello di istruzione, formazione e tutela della salute umana».

La disciplina dettata dal TFUE viene rafforzata dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, entrata in vigore il primo dicembre 2009, che racchiude gli ideali personali, civili, politici, economici e sociali su cui si fonda l'Unione europea, tra cui i valori legati al mondo lavorativo che devono essere garantiti a tutti i cittadini e residenti nell'Unione stessa.

In particolare, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea riconosce all'art. 15 la libertà professionale e il diritto di lavorare e, a tal riguardo, recita «ogni individuo ha il diritto di lavorare e di esercitare una professione liberamente scelta o accettata; ogni cittadino dell'Unione ha la libertà di cercare un lavoro, di lavorare, di stabilirsi o di prestare servizi in qualunque Stato membro». Essa riconosce altresì, all'art. 16, la libertà d'impresa, conformemente al diritto dell'Unione e alle legislazioni e prassi nazionali.

Tale disposizione normativa, che pone la libertà di impresa come successiva rispetto alla libertà professionale e al diritto di lavorare, rafforza il principio secondo il quale l'attività di impresa non possa essere esercitata incondizionatamente, pur essendo riconosciuta fra i diritti fondamentali dell'Unione europea.

Tuttavia, le disposizioni del TFUE relative alla tutela del lavoro e dei lavoratori devono essere interpretate nel rispetto del principio della libera circolazione dei servizi, disciplinato dall'art. 56, nonché del principio di tutela della concorrenza, disciplinato dagli artt. 101 e ss., poiché deve essere consentito alle imprese di competere, a parità di condizioni, sui mercati di tutti gli Stati membri.

Ma analizziamo, nello specifico, la posizione dell'Unione europea in merito alla tutela dei lavoratori, al fine di inquadrare adeguatamente il tema delle clausole sociali e della stabilità occupazionale.

In tale contesto, la Commissione europea ha presentato il “Documento di riflessione sulla dimensione sociale dell'Europa (CE) – Bruxelles 26 aprile 2017 Com (2017) 20633 final”, all'interno del quale vengono definiti gli obiettivi dell'Europa fino al 2025 e vengono presi in considerazione una serie di mutamenti, connessi al progresso tecnologico, alla globalizzazione e alla crescita del settore dei servizi, che stanno interessando il mondo del lavoro. In particolare, quello che la Commissione rileva è che il mondo del lavoro sarà oggetto di notevoli mutamenti e tal fine afferma che «la vita lavorativa sta subendo radicali trasformazioni dovute agli effetti combinati del progresso tecnologico, della globalizzazione e della crescita del settore dei servizi. Di fatto, assistiamo alla ridefinizione di interi settori dell'economia attraverso l'economia collaborativa e le piattaforme online. La forza lavoro deve far fronte al ritmo accelerato dei cambiamenti, tanto per acquisire nuove competenze, quanto per adattarsi a nuovi modelli commerciali o a nuove preferenze dei consumatori.

Per alcune persone, questi cambiamenti offrono opportunità senza

precedenti e forme di lavoro più flessibili, grazie all'utilizzo degli strumenti digitali e alla crescente importanza dell'orario flessibile e del telelavoro. Per altre persone invece sono fonte di insicurezza.

Entro il 2025 i modelli lavorativi e le carriere saranno ancora più vari rispetto ad oggi. Nell'arco di una generazione o due, il lavoratore europeo medio potrebbe passare da un posto di lavoro a vita a dieci impieghi diversi nel corso della carriera. La diffusione del lavoro a distanza o mobile sarà più semplice e più comune, a dimostrazione di una tendenza verso la flessibilità dei lavoratori in un mercato del lavoro più diversificato. Il lavoro sarà sempre più incentrato sulle realizzazioni e sui risultati anziché sulla presenza fisica in un determinato luogo, con più opportunità di lavorare come libero professionista e di combinare più lavori nello stesso tempo. Molti di questi cambiamenti sono già iniziati; il futuro mondo del lavoro dipenderà dal modo in cui oggi rispondiamo a queste trasformazioni e le guidiamo¹».

Il presupposto che legittima l'inserimento di clausole sociali nei bandi di gara si rinviene nell'art. 70 della Direttiva europea 2014/24/UE, ai sensi del quale le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere condizioni particolari in merito all'esecuzione dell'appalto, tali da comprendere considerazioni economiche, legate all'innovazione, di ordine ambientale, sociale o relative all'occupazione.

La Direttiva europea 2014/24/UE delinea altresì un maggior utilizzo delle clausole di tutela dei lavoratori impiegati negli appalti, stabilendo all'art. 18, comma 2, che gli Stati membri adottino misure adeguate a garantire che gli operatori economici, nell'esecuzione di appalti pubblici, rispettino gli obblighi applicabili in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dal diritto dell'Unione,

¹ Documento di riflessione sulla dimensione sociale dell'Europa (Ce) – Bruxelles 26 aprile 2017 Com (2017) 20633 *final*, https://commission.europa.eu/publications/reflection-paper-social-dimension-europe_it (20 marzo 2023).

dal diritto nazionale, dai contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro, elencate nell'allegato X².

Tale allegato, contempla, tra le altre, una serie di disposizioni normative volte al rispetto degli obblighi applicabili in materia di diritto sociale e del lavoro, come la Convenzione Oil 87 sulla libertà d'associazione e la tutela del diritto di organizzazione, la Convenzione Oil 98 sul diritto di organizzazione e di negoziato collettivo, la Convenzione Oil 29 sul lavoro forzato, la Convenzione Oil 105 sull'abolizione del lavoro forzato, la Convenzione Oil 138 sull'età minima, la Convenzione Oil 111 sulla discriminazione nell'ambito del lavoro e dell'occupazione, la Convenzione Oil 100 sulla parità di retribuzione, la Convenzione Oil 182 sulle peggiori forme di lavoro infantile.

Tuttavia, nonostante la Direttiva europea 2014/24/UE, rispetto alla precedente Direttiva 2004/18/CE, preveda la possibilità di utilizzare clausole di tutela dei lavoratori impiegati negli appalti, non permette alle stazioni appaltanti di gravare sulle imprese, comprese quelle stabilite in altri Stati membri, attraverso l'inserimento di oneri relativi al costo del lavoro non derivanti da disciplina normativa specifica o da altre fonti non valevoli *erga omnes*. Come è stato recentemente osservato a livello dottrinale «per tale ragione, è necessario che la fonte della disciplina in materia di diritto sociale e del lavoro sia di rango primario o secondario e che, comunque, abbia valenza di provvedimento, anche pattizio, di natura generale applicabile *erga omnes erga omnes*³».

² L'allegato X del Documento di riflessione sulla dimensione sociale dell'Europa (Ce) – Bruxelles 26 aprile 2017 Com (2017) 20633 *final*. contiene l'elenco delle convenzioni internazionali in materia sociale e ambientale.

³ P. Melandro, I. Madeo, F. Bavetta, *Gli appalti pubblici di servizi e la tutela dei lavoratori*, Roma, Ediesse, Futura, 2020.

Tra le convenzioni sopra richiamate manca però la Convenzione Oil 94/49 che disciplina le clausole di lavoro nei contratti stipulati da un'autorità pubblica, al fine di promuovere la giustizia sociale e il lavoro dignitoso. Con riferimento al tema relativo alla tutela del lavoro, detta convenzione è considerata di fondamentale importanza in quanto prevede, all'art. 2, che i contratti debbano contenere delle clausole che garantiscano ai lavoratori interessati salari (incluse le indennità), durata di lavoro e altre condizioni di lavoro non meno favorevoli di quelle stabilite per un lavoro dello stesso genere nella professione o nell'industria interessate della stessa regione:

- sia per mezzo di contratti collettivi o per mezzo di un'altra procedura di contrattazione concordata fra organizzazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori che rappresentano rispettivamente una proporzione considerevole dei datori di lavoro e dei lavoratori della professione o dell'industria interessate;
- sia per mezzo di sentenza arbitrale;
- sia per mezzo della legislazione nazionale⁴.

Il mancato richiamo all'interno dell'allegato X alla Convenzione Oil 94/49, che si riferisce espressamente ai contratti collettivi non aventi efficacia *erga omnes*, implica che l'affidamento di un appalto non debba essere condizionato anche al rispetto di contratti collettivi privi di efficacia generale. Si pone, dunque, il tema dell'incertezza di una reale tutela all'interno dell'ordinamento italiano, ove la configurazione giuridica del contratto collettivo si caratterizza per l'assenza di validità *erga omnes*⁵.

⁴ Convenzione Oil 94 sulle clausole di lavoro nei contratti stipulati da un'autorità pubblica, 1949.

⁵ Si veda P. Melandro, I. Madeo, F. Bavetta, *Gli appalti pubblici di servizi e la tutela dei lavoratori*, Roma, Ediesse, Futura, 2020.

1.2. L'ordinamento interno

Con riferimento all'ordinamento giuridico interno, in merito alla tutela dei lavoratori, al vertice della gerarchia delle fonti troviamo la Costituzione della Repubblica italiana, approvata dall'Assemblea costituente il 22 dicembre 1947 ed entrata in vigore il primo gennaio 1948.

Tra i “principi fondamentali”, contenuti nei primi dodici articoli della Costituzione, spicca quello laburista.

L'art. 1 recita «l'Italia è una Repubblica democratica fondata sul lavoro», elevando lavoro e democrazia a valori fondanti il nuovo modello statale. Ancora, l'art. 35 recita «la Repubblica tutela il lavoro in tutte le sue forme e applicazioni», ma ad esprimere il principio lavoristico più nel dettaglio è l'art. 4, ai sensi del quale «la Repubblica riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro e promuove le condizioni che rendano effettivo questo diritto. Ogni cittadino ha il dovere di svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società». Nello specifico, il primo comma identifica il lavoro come un diritto che la Repubblica riconosce a tutti i cittadini, promuovendo le condizioni che lo rendono effettivo, mentre il secondo comma contempla il lavoro come dovere che ogni cittadino è chiamato a adempiere, svolgendo un'attività o una funzione che contribuisca al progresso materiale o spirituale della società, secondo le proprie possibilità e inclinazioni.

Pertanto, ai sensi dei sopra richiamati articoli della Costituzione, il lavoro viene inteso non soltanto come uno strumento attraverso il quale esprimere le proprie capacità e sostentarsi, ma anche come un mezzo di partecipazione attiva alla collettività, con l'obiettivo di assicurare il principio della dignità umana.

Con riferimento al tema della tutela del lavoro e dei lavoratori, altro importante richiamo normativo è l'art. 2087 del Codice civile, che

impone all'imprenditore, in ragione della sua posizione di garante dell'incolumità fisica del lavoratore, di adottare tutte le misure atte a salvaguardare chi presta la propria attività lavorativa alle sue dipendenze.

L'obiettivo del legislatore è quello di tutelare le condizioni lavorative, intersecandosi con le norme costituzionali poste a difesa del diritto alla salute (art. 32) e del rispetto della sicurezza e della libertà e dignità umana nell'esplicazione dell'iniziativa economica (art. 41). Con riferimento al Codice dei contratti pubblici, come già accennato, ai sensi dell'art. 50, 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'art. 51 del D.lgs. 81/2015.

L'art. 50, comma 3, del Codice dei contratti pubblici chiarisce che «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».

Inizialmente sono state elaborate clausole sociali "flessibili", al fine di garantire i livelli occupazionali, imponendo all'impresa entrante l'obbligo di riassumere i lavoratori dell'impresa uscente, prioritariamente e compatibilmente con l'organizzazione aziendale prescelta dall'operatore economico, in ossequio al principio della libertà di iniziativa economica privata.

Questo genere di clausole "di seconda generazione" (c.d. clausole di riassunzione) sono previste in alcune leggi di liberalizzazione dei servizi pubblici (ad es., art. 28, co. 6, D.lgs. 23.5.2000, n. 164 recante norme comuni per il mercato interno del gas), ma è soprattutto la

contrattazione collettiva a ricorrervi diffusamente⁶.

Va precisato che l'attuale formulazione dell'art. 50 del D.lgs. 50/2016 è frutto della modifica intervenuta con l'art. 33 del D.lgs. 56/2017, recante "Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50", che ha definito il carattere obbligatorio delle clausole sociali in determinati appalti pubblici; la formulazione originaria, infatti, prevedeva esclusivamente la "possibilità" per le stazioni appaltanti di inserire tali clausole nei bandi di gara.

Tale natura facoltativa delle clausole sociali non era rispondente alle prescrizioni contenute nella legge delega del 2016 e, oltre a pregiudicare condotte omogenee da parte delle stazioni appaltanti, ha determinato una preclusione applicativa per gli appalti diversi da quelli ad alta intensità di manodopera, poiché il possibile inserimento era previsto solo con riferimento a questi ultimi.

Ai sensi dell'art. 51 del D.lgs. 81/2015, per contratti collettivi si intendono i contratti collettivi nazionali, territoriali o aziendali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e i contratti collettivi aziendali stipulati dalle loro rappresentanze sindacali aziendali ovvero dalla rappresentanza sindacale unitaria.

Questa disposizione normativa ci rimanda all'art. 30, comma 4 del D.lgs. 50/2016, ai sensi del quale al personale impiegato nei lavori, servizi e forniture oggetto di appalti pubblici e concessioni è applicato il contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e quelli il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente.

⁶ Si veda G. Orlandini, *Clausole sociali*, in «Diritto on line», Istituto dell'Enciclopedia Italiana - Treccani, 2015.

Da qui emerge l'importanza attribuita ai contratti collettivi nazionali e territoriali di lavoro, stipulati dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro più rappresentative. Tuttavia, rimane irrisolta la questione relativa alla possibilità per la stazione appaltante di imporre all'operatore economico l'applicazione di un determinato CCNL correlata all'impossibilità di attribuire efficacia generale ai suddetti contratti collettivi.

L'art. 3, comma 1, lett. qqq) del D.lgs. 50/2016 definisce, invece, le clausole sociali come disposizioni che impongono a un datore di lavoro il rispetto di determinati standard di protezione sociale e del lavoro come condizione per svolgere attività economiche in appalto o in concessione o per accedere a benefici di legge e agevolazioni finanziarie.

Il prototipo di tali disposizioni è rappresentato dalle c.d. "clausole di equo trattamento", che vincolano l'impresa aggiudicataria di un appalto pubblico a rispettare i trattamenti economici e normativi fissati dai contratti collettivi, al fine di garantire un'adeguata tutela dei lavoratori e di contrastare dinamiche di concorrenza al ribasso del costo del lavoro.

Pur nel rispetto dell'ordinamento eurounitario che ha tracciato precisi ambiti di operatività delle tutele sociali definite dagli Stati membri, il legislatore nazionale pone l'accento sul difficile equilibrio tra stabilità occupazionale e libertà d'impresa.

La tutela della concorrenza e della libertà di iniziativa economica è limitata da una forte contrapposizione di interessi in gioco che vede, da un lato, l'operatore economico che prova ad aggiudicarsi un appalto pubblico, dall'altra, la ridefinizione delle retribuzioni dei lavoratori e la riduzione delle loro tutele.

Ai sensi dell'art. 36 della Costituzione «il lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa».

Dunque, risulta particolarmente difficile per il legislatore italiano definire linee di tutela del lavoro e dei lavoratori che siano anche rispettose dell'ordinamento comunitario. E ciò soprattutto tenuto conto della posizione dell'Unione europea, tanto orientata alla libera circolazione dei servizi da rischiare di indebolire gli strumenti nazionali di tutela del lavoro e dei lavoratori.

1.2.1. Cambio di appalto e trasferimento di azienda

Nel quadro sopra delineato, singolare rilevanza è assunta dalla questione relativa al rapporto tra il c.d. “cambio di appalto” e il trasferimento di azienda.

Ai sensi dell'art. 2555 del Codice civile, per azienda si intende il complesso di beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa.

Si potrebbe, dunque, pensare che la forza lavoro non rientri in questa definizione. Eppure, ai sensi dell'art. 29, comma 3 del D.lgs. 276/2003, come riformulato dalla legge 7 luglio 2016, n. 122, si stabilisce che «l'acquisizione del personale già impiegato nell'appalto a seguito di subentro di nuovo appaltatore dotato di propria struttura organizzativa e operativa, in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro o di clausola del contratto d'appalto, ove siano presenti elementi di discontinuità che determinano una specifica identità di impresa, non costituisce trasferimento d'azienda o di parte d'azienda».

Come recentemente osservato a livello dottrinale «l'acquisizione di personale da parte dell'impresa subentrante è assimilata al trasferimento di azienda senza più richiedere espressamente, così come previsto nella precedente versione, che insieme al personale transitino necessariamente beni o altro in proprietà dell'impresa cessante⁷». Nei casi in cui si configura il trasferimento d'azienda trova applicazione l'art. 2112

⁷ P. Melandro, I. Madeo, F. Bavetta, *Gli appalti pubblici di servizi e la tutela dei lavoratori*, Roma, Ediesse, Futura, 2020.

del Codice civile, rubricato “Mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento d’azienda”, ai sensi del quale il rapporto di lavoro del personale alle dipendenze del cedente continua con il cessionario, di regola alle medesime condizioni; cedente e cessionario sono obbligati in solido per tutti i crediti che il lavoratore aveva al tempo del trasferimento; il cessionario applica trattamenti economici e normativi previsti dai contratti collettivi nazionali, territoriali e aziendali vigenti alla data del trasferimento salvo sostituirli con altri contratti collettivi applicati dal cessionario.

Affinché possa operare l’art. 2112 del Codice civile è necessario che si verifichino entrambe le seguenti condizioni:

a) il soggetto subentrante sia un imprenditore ai sensi dell’art. 2082 del Codice civile;

b) ci sia continuità imprenditoriale.

Il requisito di cui alla lettera a) richiede che il soggetto subentrante sia dotato di una propria e autonoma organizzazione imprenditoriale e produttiva, sia cioè un imprenditore che, conseguentemente, possa assumersi il rischio di impresa; il requisito di cui alla lettera b) si considera soddisfatto qualora le prestazioni richieste all’appaltatore subentrante siano sostanzialmente analoghe o sovrapponibili a quelle già svolte dall’appaltatore uscente, allora il requisito della “continuità d’impresa” potrà dirsi sussistente e l’acquisizione del personale addetto all’appalto dovrà essere ricondotto alla disciplina del trasferimento d’azienda.

Se il cessionario non ha alcun dipendente in forza, dovrà garantire ai lavoratori l’applicazione del precedente contratto collettivo, mentre se ha dipendenti in forza, il suddetto cessionario applicherà ai lavoratori acquisiti il CCNL in uso.

Infatti, ai sensi dell’art. 2112, «il cessionario è tenuto ad applicare i trattamenti economici e normativi dei contratti collettivi nazionali, territoriali e aziendali vigenti alla data del trasferimento, fino alla loro scadenza, salvo che siano sostituiti da altri contratti collettivi

applicabili all'impresa del cessionario».

Pertanto, il Codice civile prevede che i lavoratori acquisiti non possano essere licenziati in conseguenza del trasferimento di azienda e qualora ciò si verificasse, il provvedimento sarebbe illegittimo. Il Codice prevede anche che l'impresa cedente possa trattenerne i dipendenti dislocandoli in altre unità produttive. In caso di trasferimento d'azienda, il coinvolgimento delle organizzazioni sindacali è disciplinato dall'art. 47 della legge 29 dicembre 1990, n. 428 e riferito a realtà con più di 15 dipendenti.

1.3. Le Linee guida ANAC n. 13 recanti “La disciplina delle clausole sociali”

Le Linee guida n. 13 sono state adottate ai sensi dell'art. 213, comma 2, del D.lgs. 50/2016 e contengono indicazioni, non vincolanti, circa le modalità di applicazione e di funzionamento dell'istituto della clausola sociale.

Sono state approvate dal Consiglio dell'Autorità nazionale anticorruzione con delibera n. 114 del 13 febbraio 2019 e prima che venissero ufficialmente adottate, è stato analizzato in modo molto approfondito l'impatto che la loro adozione avrebbe comportato. Infatti, pur avendo natura interpretativa, rappresentano un valido riferimento per le stazioni appaltanti, in quanto contengono indicazioni molto utili in merito alle clausole sociali. E ciò tenuto conto dell'impatto da queste rivestito sia nella fase di predisposizione dei bandi di gara sia nella fase di esecuzione dei contratti, anche nell'ottica di dirimere controversie tra le parti.

In particolare, le Linee guida n. 13 stabiliscono che, ai sensi dell'art. 50 del D.lgs. 50/2016, le stazioni appaltanti inseriscono nella *lex specialis* di gara specifiche clausole volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato. Definiscono, altresì, l'ambito di applicazione della clausola sociale, soffermandosi sull'obbligo

di inserimento per i contratti ad “alta intensità di manodopera”, sulla facoltà di inserimento per gli appalti “non ad alta intensità di manodopera” e sul fatto che l’inserimento di tale clausola non può essere previsto per gli appalti di servizi di natura intellettuale, per gli appalti di fornitura e per quelli di natura occasionale.

Prevedono poi che, ai sensi dell’art. 36 del D.lgs. 50/2016, le clausole sociali possano essere previste anche negli affidamenti sotto soglia.

La disciplina delle clausole sociali è, altresì, applicabile ai settori speciali, mentre non si applica al personale utilizzato, nel contratto cessato, da parte delle imprese subappaltatrici.

Dunque, le Linee guida definiscono gli ambiti di operatività delle stazioni appaltanti e individuano la fonte dell’obbligo di applicazione della clausola sociale nell’art. 50 del D.lgs. 50/2016 oppure nel CCNL applicato e prescelto dall’operatore economico, sulla scorta dell’art. 30 del D.lgs. 50/2016.

Nelle Linee guida n. 13 è previsto che per l’applicazione delle clausole sociali occorre che siano rispettate le seguenti condizioni:

- la clausola sociale può essere inserita solo ove il contratto sia oggettivamente assimilabile a quello in essere. Non è concepibile l’inserimento di clausole volte alla tutela dei livelli occupazionali ove non sussista alcun contratto in essere nel settore di riferimento o se il contratto in essere presenti un’oggettiva incompatibilità rispetto a quello da attivare. L’incompatibilità è oggettiva quando riguarda prestazioni dedotte nel contratto e non deriva da valutazioni soggettive attinenti agli operatori economici. Non sussiste, invece, incompatibilità laddove il contratto prevede prestazioni aggiuntive rispetto a quello precedente, salvo il caso in cui risulta complessivamente mutato l’oggetto dell’affidamento;
- l’applicazione della clausola sociale non può in ogni caso comportare un dovere di assorbimento del personale indiscriminato e generalizzato utilizzato dall’impresa uscente, dovendo tale obbligo essere sempre armonizzato con l’organizzazione aziendale prescelta dal nuovo

affidatario. Il riassorbimento del personale è imponibile nella misura e nei limiti in cui sia compatibile con il fabbisogno richiesto dall'esecuzione del nuovo contratto e con la pianificazione e l'organizzazione definita dal nuovo assuntore. Tale principio è applicabile a prescindere dalla fonte che regola l'obbligo di inserimento della clausola sociale⁸.

L'ANAC precisa, altresì, che le stazioni appaltanti che inseriscono clausole sociali nei bandi di gara sono sottoposte a ulteriori oneri informativi, al fine di consentire ai concorrenti di conoscere i dati del personale da assorbire e di presentare così un'offerta che tenga in considerazione anche gli eventuali costi del riassorbimento.

In ogni caso i concorrenti possono richiedere ulteriori dati ritenuti necessari per la formulazione dell'offerta nel rispetto della clausola sociale e, qualora la stazione appaltante non ne fosse in possesso, la stessa li richiede all'operatore uscente, prestando attenzione all'anonimato delle richieste pervenute e provvedendo a renderli noti a tutti i potenziali concorrenti.

Inoltre, come stabilito dal paragrafo 3.5 delle Linee guida n. 3, la stazione appaltante prevede, nella documentazione di gara, che il concorrente alleggi all'offerta un progetto di riassorbimento, con lo scopo di illustrare le concrete modalità di applicazione della clausola sociale, con particolare riferimento al numero dei lavoratori che beneficeranno della stessa e alla relativa proposta contrattuale (inquadramento e trattamento economico).

Il rispetto delle previsioni del progetto di assorbimento sarà, poi, oggetto di monitoraggio da parte della stazione appaltante durante l'esecuzione del contratto. Tale progetto svolge un ruolo fondamentale in quanto rappresenta un impegno che ciascun concorrente si assume

⁸ Linee guida n. 13, approvate dal Consiglio dell'ANAC con delibera n. 114 in data 13 febbraio 2019, recanti "La disciplina delle clausole sociali".

nei confronti della stazione appaltante che ha inserito la clausola sociale e nei confronti dei lavoratori stessi.

Infine, per quanto riguarda il rapporto con i contratti collettivi, le Linee guida n. 13 stabiliscono che le stazioni appaltanti indichino nella documentazione di gara il contratto collettivo applicabile in ragione della pertinenza rispetto all'oggetto prevalente dell'affidamento, tenuto conto del richiamo espresso, disposto dall'art. 50 del D.lgs. 50/2016, all'art. 51 del D.lgs. 81/2015, nonché di quanto stabilito dall'art. 30, comma 4, del D.lgs. 50/2016.

Secondo quanto previsto dal paragrafo 5 delle Linee guida, l'operatore economico dovrà accettare espressamente la clausola sociale. La mancata accettazione fa sì che l'operatore proponga un'offerta condizionata, per la quale si impone l'esclusione dalla gara. Viceversa, l'esclusione non è fondata nell'ipotesi in cui l'operatore economico manifesti il proposito di applicarla nei limiti di compatibilità con la propria organizzazione d'impresa.

L'inadempimento degli obblighi derivanti dalla clausola sociale comporta l'applicazione dei rimedi previsti dalla legge o dal contratto stesso, attraverso l'inserimento di clausole risolutive espresse, nonché di penali commisurate alla gravità della violazione.

1.3.1. Il progetto di riassorbimento

Le Linee guida ANAC n. 13, dunque, prevedono che la stazione appaltante debba richiedere che il concorrente alleggi alla documentazione di gara un progetto di assorbimento, al fine di illustrare le concrete modalità di applicazione della clausola sociale, con particolare riferimento al numero dei lavoratori che beneficeranno della stessa e al relativo inquadramento e trattamento economico.

La mancata presentazione del progetto, anche a seguito dell'attivazione del soccorso istruttorio, equivale alla mancata

accettazione della clausola sociale e, pertanto, comporta l'esclusione dell'operatore dalla procedura di gara.

Come evidenziato dal Consiglio di Stato, sez. V, con la sentenza n. 6761 del 2 novembre 2020, la clausola sociale va formulata e intesa in maniera elastica e non rigida, rimettendo al concorrente la valutazione in merito all'assorbimento dei lavoratori impiegati dal precedente aggiudicatario. Solo in tal modo, l'obbligo di mantenimento dei livelli occupazionali del precedente appalto riesce ad essere temperato 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.

Pertanto, assume particolare rilevanza l'opportunità di prevedere un vero e proprio progetto di assorbimento, recante specifica indicazione delle modalità in cui il concorrente, qualora risultasse aggiudicatario, intenda rispettare la clausola sociale e come la stessa si armonizzi concretamente con la propria organizzazione aziendale.

Il piano, inoltre, si pone come obbligo nei confronti dei lavoratori interessati e va inteso come una concreta proposta contrattuale nei confronti degli stessi.

È stato, infatti, sottolineato come la clausola non comporti «alcun obbligo per l'impresa aggiudicataria di un appalto pubblico di assumere a tempo indeterminato ed in forma automatica e generalizzata, nonché alle medesime condizioni, il personale già utilizzato dalla precedente impresa o società affidataria, ma solo che l'imprenditore subentrante salvaguardi i livelli retributivi dei lavoratori riassorbiti in modo adeguato e congruo»; di guisa che «l'obbligo di garantire ai lavoratori già impiegati le medesime condizioni contrattuali ed economiche non è assoluto né automatico⁹».

Pertanto, secondo il richiamato Consiglio di Stato, la clausola

⁹ Consiglio di Stato, sez. V, 12.09.2019 n. 6148.

sociale non implica la necessaria conservazione dell'inquadramento e dell'anzianità del lavoratore assorbito dall'aggiudicatario.

Essa comporta che, nella predisposizione del piano di riassorbimento, l'offerente sia tenuto a formulare una proposta contenente tutti gli elementi essenziali del nuovo rapporto contrattuale, sia in termini di inquadramento che di trattamento economico.

Attraverso tale obbligo, l'offerente si impegna così verso la stazione appaltante e verso il lavoratore al rispetto della clausola.

Il progetto di riassorbimento deve «illustrare in qual modo concretamente l'offerente, ove aggiudicatario, intenda rispettare la clausola sociale, ovvero, detto altrimenti, spiegare come e in che limiti la clausola stessa sia compatibile con l'organizzazione aziendale da lui prescelta. Tale piano di compatibilità dovrebbe anche rendere esplicito quale concreta condotta l'aggiudicatario intenda adottare per rispettare l'obbligo nei confronti dei lavoratori interessati, condotta che dovrebbe coincidere con la formulazione di una vera e propria proposta contrattuale. Infatti, se la clausola comporta un obbligo, sia pure limitato, di riassunzione, l'impresa secondo logica è tenuta formulare una proposta che contenga gli elementi essenziali del nuovo rapporto in termini di trattamento economico e inquadramento, unitamente all'indicazione di un termine per l'accettazione. Quest'obbligo di inserimento nell'offerta è in grado, da un lato, di consentire alla stazione appaltante di valutare l'effettiva volontà di rispettare la clausola, dall'altro offre maggiori garanzie al lavoratore, attraverso la previa individuazione degli elementi essenziali del contratto di lavoro¹⁰».

L'esigenza di allegare un progetto di riassorbimento è riconosciuta espressamente anche dall'ANAC su indicazione del Consiglio di Stato che, nel formulare il proprio parere in merito alle Linee guida n. 13, ha precisato l'opportunità che l'offerta preveda un

¹⁰ TAR Umbria (Perugia), sez. I, 19 febbraio 2021, n. 62.

vero e proprio piano di compatibilità o progetto di assorbimento, nel senso che l'appaltatore è tenuto ad «illustrare in qual modo concretamente l'offerente, ove aggiudicatario, intenda rispettare la clausola sociale, ovvero, detto altrimenti, spiegare come e in che limiti la clausola stessa sia compatibile con l'organizzazione aziendale da lui prescelta». In sostanza, fin dal momento della predisposizione dell'offerta, il concorrente dovrebbe chiarire in quale modo potrebbe dare seguito alle implicazioni che discendono dalla clausola sociale. Infatti, secondo il parere «tale piano di compatibilità dovrebbe anche rendere esplicito quale concreta condotta l'aggiudicatario intenda adottare per rispettare l'obbligo nei confronti dei lavoratori interessati, condotta che dovrebbe coincidere con la formulazione di una vera e propria proposta contrattuale».

Pertanto, l'ANAC attribuisce al piano di riassorbimento una notevole importanza, sia perché tale adempimento permetterebbe alla stazione appaltante di monitorare costantemente l'esecuzione del contratto e, quindi, avere contezza del relativo ossequio da parte dell'operatore economico, sia per le conseguenze derivanti dalla mancata presentazione del progetto stesso.

Come sopra rilevato, la mancata allegazione del progetto da parte del concorrente, protratta nonostante l'attivazione del soccorso istruttorio, equivale alla mancata accettazione della clausola sociale, ossia costituisce manifestazione della volontà di proporre un'offerta condizionata e ciò comporterebbe l'esclusione dalla gara.

Secondo quanto affermato dall'ANAC e dalla giurisprudenza, invece, il concorrente non verrebbe escluso qualora manifestasse il proposito di applicare la clausola sociale ma nei limiti di compatibilità con la propria organizzazione d'impresa. Non verrebbe escluso nemmeno se, a seguito dell'attivazione della procedura di soccorso istruttorio, provvedesse ad allegare il progetto sopra richiamato.

Con riferimento a quest'ultimo aspetto, è da chiarire in quale fase di gara il piano di riassorbimento debba essere presentato: se unitamente

alla documentazione amministrativa o inserito nell'offerta tecnica o nell'offerta economica.

Negli ultimi due casi, diventerebbe oggetto di valutazione e, nello specifico:

- nel caso in cui venisse inserito all'interno dell'offerta tecnica, verrebbero applicati dei criteri valutativi, attribuendo valore al mantenimento, da parte dell'appaltatore, di diritti, anzianità di servizio, regime giuridico e condizioni retributive di provenienza dei lavoratori nell'appalto cessato;
- nel caso in cui venisse inserito all'interno dell'offerta economica, verrebbero applicati dei criteri numerici, attribuendo valore alla continuità del servizio tramite l'assunzione di una determinata percentuale di personale già impiegato nell'appalto cessato.

Tuttavia, in entrambi i casi l'operato della stazione appaltante non troverebbe conforto in una previsione normativa e, comunque, sarebbe esclusa la possibilità di attivare la procedura di soccorso istruttorio ai sensi dell'art. 83, comma 9, del D.lgs. 50/2016.

Nel caso in cui il piano venisse allegato alla documentazione amministrativa, la carenza di qualsiasi elemento formale del piano di riassorbimento, così come l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale, potrebbero invece essere sanate attraverso la procedura di cui sopra.

In ogni caso, secondo il Consiglio di Stato (v. Sentenza n. 2814/2022) l'obbligo formale di produzione del Piano di riassorbimento si deve ritenere obbligatorio solo quando «l'assorbimento non è totale» e «presenta limitazioni per qualifiche, variazioni sul piano contrattuale o tempistiche particolari e differenziate, ma certamente è ridondante ove, il rispetto della clausola sociale sia promesso in senso assoluto (totale assorbimento nel pieno rispetto dei contratti in essere col precedente gestore)».

L'accettazione della sola clausola, in realtà, sembra non in grado di

garantire la stazione appaltante sugli obblighi conseguenti. Mentre una chiara predisposizione del piano di riassorbimento consente di comprendere chiaramente la misura degli obblighi che l'appaltatore intende assumersi.

L'ANAC ha precisato inoltre che «attesa la difficoltà di definire criteri di valutazione del “progetto di assorbimento” che rispondano ai requisiti di cui all'articolo 95, comma 6, del Codice dei contratti pubblici, ripresi dalle Linee guida n. 2 – Offerta economicamente più vantaggiosa, e il rischio che criteri di valutazione dell'offerta basati sul numero dei lavoratori che saranno riassorbiti in applicazione della clausola sociale possano essere di ostacolo a processi di efficientamento dell'operatore entrante, l'Autorità non ritiene opportuno inserire la valutazione del progetto dell'ambito dell'offerta economicamente più vantaggiosa».

A tal proposito, va anche sottolineato che il progetto di riassorbimento potrebbe incidere soprattutto nella fase delle contrattazioni sindacali, successiva alla aggiudicazione della gara.

Si deve osservare che le indicazioni fornite dall'ANAC nelle Linee guida fin qui descritte non sono tuttavia vincolanti per le stazioni appaltanti. Come recentemente affermato in dottrina «si tratterebbe, quindi, di “modelli virtuosi” suggeriti alle stazioni appaltanti ma non possono essere considerate un vero e proprio obbligo la cui inosservanza comporta un onere di motivazione analitica o – addirittura – delle sanzioni. Si attende, tuttavia, un chiarimento da parte della stessa ANAC o della giurisprudenza per evitare che le difficoltà di interpretazione rendano le linee guida di fatto *tamquam non esset*».

1.4. Le clausole sociali nella giurisprudenza: il difficile equilibrio tra stabilità occupazionale e libertà d'impresa

Nel contesto fin qui delineato, la disciplina delle clausole sociali tenta di trovare un equilibrio al rapporto che intercorre nei cambi di

appalto pubblici tra la tutela occupazionale e la tutela della libertà di iniziativa economica.

Un aspetto particolarmente rilevante riguarda la compatibilità di tali clausole con i principi comunitari e costituzionali.

In ambito comunitario, il problema relativo all'utilizzo delle clausole sociali di "prima generazione" è stato affrontato nella sentenza Ruffert (C. giust., 3.4.2008, C-346/06, Dirk Ruffert c. Land Niedersachsen), dalla quale sono scaturite importanti decisioni relative al rapporto tra i diritti del lavoratore e la libertà di mercato¹¹.

Essa rappresenta, infatti, l'ultima, in ordine di tempo, di una serie di sentenze in cui la Corte di giustizia ha riconosciuto la priorità del principio di tutela dei lavoratori rispetto al principio di libera prestazione di servizi, considerato inderogabile ai sensi dell'art. 49 del Trattato che istituisce la Comunità economica europea (di seguito anche solo TCEE) firmato il 25 marzo 1957.

Nello specifico, il caso Ruffert verte su una norma del Land Niedersachsen (Land Bassa Sassonia) secondo la quale è consentito aggiudicare gli appalti solo alle imprese che versano ai dipendenti le retribuzioni stabilite dal contratto collettivo di lavoro del luogo di esecuzione della prestazione lavorativa e l'appaltatore principale è tenuto a imporre il rispetto di tali obblighi al subappaltatore.

A queste condizioni l'impresa di cui il signor Ruffert era curatore fallimentare, si era aggiudicata una gara d'appalto per la costruzione di un istituto penitenziario nel Land Niedersachsen, ma da un controllo sarebbe emerso che un'azienda polacca, in qualità di subappaltatrice, non avrebbe rispettato le condizioni di lavoro prescritte dal contratto vigente, avendo versato ai dipendenti solo il 46,57 % del salario prescritto.

Il Land Niedersachsen ha conseguentemente risolto il contratto e ha

¹¹ Si veda G. Orlandini, *Clausole sociali*, in «Diritto on line», Istituto dell'Enciclopedia Italiana - Treccani, 2015.

chiesto il pagamento di un indennizzo al signor Rüffert, il quale si è rifiutato e si è rivolto al tribunale tedesco, considerando tale clausola un ostacolo alla libera prestazione dei servizi.

La Corte di giustizia europea si è interrogata circa la direttiva CE n. 71/1996 sul distacco transnazionale dei lavoratori, che prescrive l'obbligo di rispettare i minimi salariali fissati da disposizioni legislative o da contratti collettivi di applicazione nazionale vigenti nel paese di distacco. Il recepimento di tale disposizione normativa determina il rispetto del minimo salariale stabilito nel CCNL di applicazione generale sul territorio tedesco nei confronti dei lavoratori distaccati, ma in questo caso il CCNL vigente per il settore edile non può essere considerato di applicazione generale e, dunque, non si tratta del minimo salariale obbligatorio ai sensi della direttiva CE n. 71/1996.

La Corte di giustizia ha ritenuto, pertanto, che l'obbligo di rispettare il minimo salariale derivante da un CCNL vigente *in loco*, ma non di applicazione generale, costituisca una limitazione alla libera prestazione dei servizi¹².

Inoltre, la giurisprudenza eurounitaria ha stabilito che all'aggiudicatario di un appalto pubblico non può essere imposto l'obbligo di rispettare i minimi salariali prescritti da un CCNL vigente nel luogo di esecuzione dei lavori, in quanto ciò costituisce un ostacolo al principio della libera prestazione dei servizi. Risulterebbe, infatti, violato l'art. 49 del TCEE, poiché la disciplina del Land determina una restrizione della libera prestazione dei servizi, ingiustificata in quanto non necessaria a tutelare i lavoratori distaccati (già tutelati dalla direttiva CE n. 71/1996) e l'autonomia sindacale¹³.

Il caso Rüffert è stato, tuttavia, considerato una spinta al *dumping*

¹² Si veda *Analisi della sentenza Rüffert*, Corte di giustizia delle Comunità europee, Bruxelles, 2008.

¹³ Si veda B. Brancati, *Il bilanciamento tra diritti sociali e libertà economiche in Europa. Un'analisi di alcuni importanti casi giurisprudenziali*, Corte Costituzionale, Servizio Studi, 2015.

sociale: la pratica di alcune imprese (soprattutto multinazionali) di localizzare la propria attività in aree in cui possono beneficiare di disposizioni meno restrittive in materia di lavoro o in cui il costo del lavoro è inferiore.

In tale contesto, infatti, la giurisprudenza eurounitaria limita la propria visione alla natura economica del mercato, in cui le condizioni di lavoro non sono considerate altro che limitazioni al libero accesso al mercato dei servizi.

Di contro, la giurisprudenza nazionale è più attenta ai vincoli del mercato interno.

Ad esempio, è stata considerata illegittima la pretesa dell'Ente nazionale per l'aviazione civile (di seguito anche solo ENAC) di condizionare la certificazione di idoneità dei prestatori di servizi aeroportuali al rispetto del contratto collettivo più diffuso tra le imprese del settore (cfr., *ex multis*, Cons. St., sez. VI, 8 giugno 2009, n. 3489; TAR Lazio (Latina), sez. I, 30 dicembre 2012, n. 982).

In questo caso, è stato preso come riferimento l'art. 13 del D.lgs. 18/99, di recepimento della direttiva CE n. 67/1996 di liberalizzazione del settore dell'*handling* (complesso dei servizi per l'assistenza a terra agli aerei e ai passeggeri, durante la sosta negli aeroporti), che rinvia al rispetto del contratto collettivo ed è stata interpretata restrittivamente dall'ENAC nel suo regolamento.

Quanto alla previsione di simili vincoli negli atti di gara di un appalto pubblico, la rigida formulazione dell'art. 118, comma 6, del D.lgs. 163/2006 non ha impedito alla giurisprudenza di ritenere inammissibile l'indicazione di uno specifico CCNL tra quelli in ipotesi compatibili con l'attività oggetto dell'appalto (cfr., *ex multis*, TAR Toscana (Firenze), sez. I, 11 giugno 2013, n. 1160; TAR Piemonte (Torino), sez. I, 9 gennaio 2015, n. 23¹⁴).

¹⁴ Si veda G. Orlandini, *Clausole sociali*, in «Diritto on line», Istituto dell'Enciclopedia Italiana - Treccani, 2015.

Dunque, dal confronto tra la giurisprudenza eurolunitaria e quella nazionale emergono due valutazioni differenti della libertà economica. Se da un lato i tribunali europei considerano la libertà d'impresa nella sua dimensione "dinamica", intesa come possibilità di accedere al mercato e fortemente tutelata dall'UE, dall'altro i giudici nazionali identificano la libertà d'impresa nella sua dimensione "statica", intesa come libertà di organizzazione dei fattori produttivi¹⁵.

Nonostante la giurisprudenza eurolunitaria fin qui analizzata sia così rigida, come dimostrato dalla Direttiva europea 2014/24/UE trattata in precedenza, si rilevano segnali di apertura nei confronti delle clausole sociali finalizzate alla tutela dell'occupazione.

Come è stato osservato a livello dottrinale «utilizzando la tecnica del bilanciamento, la Corte compone il rapporto tra diritti sociali e libertà economiche secondo un assetto che non è preconstituito altrove, ma che essa stessa forgia¹⁶».

Bilanciare gli interessi in gioco è inevitabile, ma tutto dipende dal tipo di bilanciamento che viene effettuato.

Infatti, stabilità occupazionale e libertà d'impresa sono entrambi diritti fondamentali e non viene data alcuna indicazione su come debbano essere soppesati tra loro.

La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, infatti, conferma la condizione di piena "libertà" in cui tali principi si collocano.

In tale contesto, l'art. 28 rubricato "Diritto di negoziazione e di azioni collettive" recita «i lavoratori e i datori di lavoro, o le rispettive organizzazioni, hanno, conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali, il diritto di negoziare e di concludere

¹⁵ Si veda G. Orlandini, *Clausole sociali*, in «Diritto on line», Istituto dell'Enciclopedia Italiana - Treccani, 2015.

¹⁶ B. Brancati, *Il bilanciamento tra diritti sociali e libertà economiche in Europa. Un'analisi di alcuni importanti casi giurisprudenziali*, Corte Costituzionale, Servizio Studi, 2015.

contratti collettivi, ai livelli appropriati, e di ricorrere, in caso di conflitti di interessi, ad azioni collettive per la difesa dei loro interessi, compreso lo sciopero».

La dottrina ha, però, osservato come questo approccio sia inidoneo a mettere in discussione l'equivalenza gerarchica tra diritti sociali e libertà economiche, visto che il riconoscimento dei diritti di autotutela e di negoziazione collettiva è comunque condizionato dalla conformità al diritto dell'Unione e che i datori di lavoro e le rispettive organizzazioni si vedono riconosciuti diritti di pari contenuto, cosicché pare proprio che vi sia parità di trattamento giuridico¹⁷.

La produzione di costante giurisprudenza in merito al tema delle clausole sociali testimonia la difficoltà di rinvenire il giusto equilibrio tra la tutela occupazionale dei lavoratori e la libertà di impresa.

In via generale, gran parte della giurisprudenza ritiene che la *ratio* della clausola sociale, al fine di integrare i dipendenti dell'appaltatore uscente, vada ponderata con le necessità esecutive del contratto aggiudicato, nonché con l'organizzazione della nuova impresa aggiudicataria.

Il Consiglio di Stato ha confermato che una clausola sociale ai sensi dell'art. 50 del D.lgs. 50/2016 è legittima solo nella misura in cui non implichi un dovere di assorbimento indiscriminato e generalizzato di tutto il personale dell'impresa uscente.

Viceversa, è illegittima una clausola che imponga indistintamente l'assunzione di tutti i dipendenti dell'impresa precedente, ponendosi in contrasto con i principi costituzionali e comunitari di libera concorrenza e di libera iniziativa imprenditoriale.

Nel bilanciamento tra contrapposte esigenze, la clausola sociale

¹⁷ Si veda U. Carabelli, *Il contrasto tra le libertà economiche fondamentali e i diritti di sciopero e di contrattazione collettiva nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia: il sostrato ideologico e le implicazioni giuridiche del principio di equivalenza gerarchica*, in «Studi sull'integrazione europea», 2011.

ammette il sacrificio degli interessi dei lavoratori rispetto a scelte volte a migliorare la qualità e l'efficienza del servizio, non necessariamente consistenti in un mero risparmio dei costi per la manodopera. L'utilizzo elastico della clausola, tuttavia, non può condurre a legittimare politiche aziendali di *dumping* sociale tali da annullare gli obiettivi di tutela del lavoro perseguiti attraverso la clausola stessa (cfr. *ex multis*, Cons. St., sez. III, 29 gennaio 2019, n. 726; TAR Campania (Napoli), sez. VII, 24 febbraio 2020, n. 836¹⁸).

1.5. La tutela dei lavoratori nel subappalto dopo il decreto Semplificazioni-bis

Il decreto n. 77/2021 (cd. Semplificazioni-bis) ha modificato l'art. 105, comma 14, del D.lgs. 50/2016, prevedendo che «il subappaltatore, per le prestazioni affidate in subappalto, deve garantire gli stessi standard qualitativi e prestazionali previsti nel contratto di appalto e riconoscere ai lavoratori un trattamento economico e normativo non inferiore a quello che avrebbe garantito il contraente principale, inclusa l'applicazione dei medesimi contratti collettivi nazionali di lavoro, qualora le attività oggetto di subappalto coincidano con quelle caratterizzanti l'oggetto dell'appalto ovvero riguardino le lavorazioni relative alle categorie prevalenti e siano incluse nell'oggetto sociale del contraente principale».

Questa misura è finalizzata a garantire alcune fondamentali tutele in capo ai lavoratori operanti in subappalto, riconoscendo loro lo stesso trattamento economico e normativo dell'impresa aggiudicataria.

Tuttavia, per salvaguardare la libertà economica dell'impresa, il legislatore ha stabilito che tali tutele non si applicano a qualsiasi impresa in subappalto, ma solo laddove l'attività subappaltata abbia

¹⁸ Si veda M. De Angelis, *Il punto sulle clausole sociali e appalti sotto-soglia*, in «Ius in itinere», 2020.

determinate caratteristiche.

Sul tema, è intervenuto l'Ispezzorato nazionale del lavoro, fornendo importanti chiarimenti. In particolare, l'Ispezzorato, con nota n. 1507/2021, ha esplicitato da un lato quali tutele spettino ai lavoratori in subappalto, dall'altro in quali circostanze la norma debba trovare applicazione.

In particolare, secondo l'INL la nuova norma deve essere letta in connessione con quanto stabilito dall'art. 30, comma 4, del D.lgs. 50/2016. Infatti, l'INL ribadisce che il contratto da applicare deve essere stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, il cui ambito sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa (aggiudicataria) in maniera prevalente. Per "strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto", si intende il contratto che meglio regola le prestazioni cui si riconnette la singola commessa pubblica (Cons. St. n. 1406/2020), che dovranno essere rese dalla categoria dei lavoratori impiegati nell'espletamento del servizio, a esse riferendosi secondo un criterio di prossimità contenutistica.

In base alla giurisprudenza maggioritaria sul punto, la libertà di scelta del contratto collettivo rientra nelle prerogative di organizzazione dell'imprenditore e nella libertà negoziale delle parti (tra le altre, v. Cons. St. n. 5574/2019). Tuttavia, tale libertà non è assoluta in quanto incontra il limite della necessaria coerenza tra il contratto che in concreto si intende applicare, e in riferimento al quale si formula l'offerta di gara, e l'oggetto dell'appalto (cfr. tra l'altro, Cons. St. n. 932/2019).

All'art. 30, comma 4, del Codice si affianca ora l'obbligo da parte del subappaltatore di applicare il contratto dell'impresa contraente ex art. 105, comma 14.

Pertanto, una volta individuato il contratto collettivo di riferimento applicato dal contraente principale, secondo la nuova formulazione

dell'art. 105 del Codice, il subappaltatore ha l'obbligo di «riconoscere ai lavoratori un trattamento economico e normativo non inferiore a quello che avrebbe garantito il contraente principale».

Sul punto l'INL ricorda anche l'impatto della disposizione ai fini contributivi e solidaristici ex artt. 29 D.lgs. 276/2003 e 1676 c.c.

In particolare, secondo l'Ispettorato l'obbligo di cui all'art. 105, comma 14, è limitato al solo trattamento economico e normativo. Di conseguenza, ove si riscontrino, in relazione ai singoli istituti retributivi o normativi (es. ferie, permessi, orario di lavoro, disciplina delle tipologie contrattuali), condizioni inferiori rispetto a quelle previste dal CCNL applicato dall'appaltatore, il personale ispettivo potrà adottare un provvedimento di disposizione ex art. 14 D.lgs. 124/2004 inteso a far adeguare il trattamento da corrispondere per tutto il periodo di impiego nell'esecuzione del subappalto.

L'attuale art. 105, comma 14, prevede che l'obbligo di applicazione del CCNL o quantomeno del riconoscimento di un determinato trattamento economico subentri solo qualora vi siano attività da svolgere per il subappaltatore che coincidono con quelle caratterizzanti l'oggetto dell'appalto, ovvero riguardino le lavorazioni relative alle categorie prevalenti e siano incluse nell'oggetto sociale del contraente. Al riguardo, l'Ispettorato considera come attività oggetto dell'appalto quelle previste nel capitolato e, quindi, non marginali o meramente accessorie rispetto all'opera o al servizio complessivamente appaltato; mentre, riguardo al concetto di "categoria prevalente", nella nota viene richiamata la definizione di cui all'art. 3, comma 1, lett. 00-bis), ovvero «la categoria di lavori, generale o specializzata, di importo più elevato fra le categorie costituenti l'intervento e indicate nei documenti di gara».

In quest'ultimo caso, le lavorazioni devono essere incluse nell'oggetto sociale del contraente principale.

Si ricorda che, ai sensi del non modificato comma 9 dell'articolo 105 del Codice dei contratti pubblici, «l'affidatario è tenuto ad osservare

integralmente il trattamento economico e normativo stabilito dai contratti collettivi nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni. È, altresì, responsabile in solido dell'osservanza delle norme anzidette da parte dei subappaltatori nei confronti dei loro dipendenti per le prestazioni rese nell'ambito del subappalto».

Dall'analisi sopra effettuata si evince come sia stata approvata una disciplina per il subappalto che, oltre a superare le criticità evidenziate nella richiamata procedura di infrazione comunitaria e in aderenza alle statuizioni della Corte di giustizia dell'Unione europea intervenute nel tempo, garantisce, coinvolgendo le stazioni appaltanti e gli istituti di vigilanza preposti, un apprezzabile livello di tutele normative e retributive ai lavoratori impiegati dai subappaltatori. Emerge come si sancisca la non sussistenza di una libertà incondizionata nell'applicare le discipline contrattuali collettive, tanto per il contraente principale, quanto per i subappaltatori, unitamente alla rilevanza assunta dal contratto collettivo applicato dal primo. Ove non si prevedessero forme di governo del fenomeno, si registrerebbero ricadute sulle offerte e, conseguentemente, distorsioni della concorrenza, in quanto costi del lavoro differenziati, in capo ai lavoratori utilizzati dal contraente principale e dal subappaltatore, stante la vigenza dei limiti di cui al comma 1 dell'articolo 105 del Codice dei contratti pubblici, potrebbero fare la differenza nella selezione della migliore offerta, che potrebbe essere tale in ragione dei ribassi connessi a compressioni del costo del lavoro.

1.6. Lo strumento dei Protocolli di legalità: il caso della regione Emilia-Romagna

Come emerge dal quadro sopra delineato, le stazioni appaltanti possono promuovere azioni volte alla tutela dei lavoratori nei contratti pubblici, muovendosi negli spazi di discrezionalità

consentiti dall'assetto normativo in materia.

Sul punto, occorre segnalare l'esperienza della regione Emilia-Romagna che ha stipulato un Protocollo di legalità nel novembre 2021. Tale protocollo si contraddistingue per la concretezza delle attività previste.

Tra gli obiettivi primari del protocollo vi è il contrasto ai tentativi di infiltrazione alla criminalità organizzata. Particolare attenzione viene prestata alla presenza di imprese irregolari e cooperative spurie, caporalato, evasione fiscale e contributiva, irregolarità contrattuali. Tutti elementi, questi, che indeboliscono la crescita economica, la coesione sociale, la credibilità delle istituzioni pubbliche e la qualità del lavoro nei territori dell'Emilia-Romagna.

Occorre invece promuovere la qualità del lavoro e la prevenzione a tali fenomeni.

A questo fa riferimento la questione dei diritti dei lavoratori: il protocollo prevede l'applicazione della clausola sociale, a tutela dei lavoratori nella dinamica degli appalti; la disciplina e i limiti del subappalto e il riconoscimento dello stesso trattamento salariale e le misure di sicurezza per i lavoratori delle imprese appaltanti.

Con il protocollo viene anche assicurato l'impegno da parte delle stazioni appaltanti a effettuare un confronto preventivo all'avvio delle procedure di appalto con i soggetti firmatari e le organizzazioni sindacali firmatarie, da svolgersi nell'ambito delle consultazioni preliminari di mercato previste dal Codice degli appalti, sempre a garanzia dei lavoratori.

A sostegno della legalità vengono anche rafforzati i requisiti qualitativi e reputazionali nelle procedure di assegnazione degli appalti, incentivando imprese e operatori economici più affidabili, iscritti agli elenchi di merito.

Previste anche quote premialità per le imprese per aderire ad un sistema di controlli e vigilanza nelle fasi esecutive degli appalti, con il coinvolgimento attivo delle organizzazioni sindacali.

Si incentiva inoltre, per l'aggiudicazione degli appalti, l'offerta economicamente più vantaggiosa basata sul miglior rapporto qualità/prezzo, invece del criterio del minor prezzo. L'obiettivo è, dunque, quello di privilegiare la qualità sulla questione economica.

La regione Emilia-Romagna si è impegnata, inoltre, a:

- costituire una banca dati degli appalti, che contenga anche un registro dei subappaltatori e subaffidatari, a disposizione delle organizzazioni sindacali firmatarie del protocollo;
- prevedere l'inserimento di consultazioni preliminari con il mercato prima della gara tra le stazioni appaltanti, i soggetti firmatari e le organizzazioni sindacali;
- istituire l'obbligatorietà di applicazione da parte di tutte le imprese coinvolte a qualsiasi titolo (appaltatori, affidatari, subappaltatori, subaffidatari) dei contratti di lavoro nazionali e territoriali;
- promuovere il riconoscimento degli stessi diritti ai lavoratori delle imprese appaltanti e l'inserimento di premialità per le imprese per un sistema di controlli e vigilanza nelle fasi esecutive.

L'intesa è stata siglata dalla regione Emilia-Romagna e dai rappresentanti dei sindacati CGIL, CISL e UIL.

1.7. La tutela dei lavoratori nel nuovo Codice dei contratti pubblici

In data primo aprile 2023 è entrato in vigore il D.lgs. 31 marzo 2023 n. 36 recante il nuovo Codice dei contratti pubblici, in attuazione della legge delega 78/2022.

Le sue disposizioni trovano in gran parte applicazione a decorrere dal primo luglio 2023.

Particolare attenzione è stata conferita alla tutela dei lavoratori coerentemente con l'art. 1, lett. h) della legge delega: la tutela giuslavoristica è stata infatti elevata a principio generale del nuovo Codice dei contratti pubblici mediante l'introduzione dell'art. 11

rubricato “Principio di applicazione dei contratti collettivi nazionali di settore. Inadempienze contributive e ritardo nei pagamenti”.

In tema di contrattazione collettiva all’art. 11 viene confermato l’obbligo di applicare il contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro e quello il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l’attività oggetto dell’appalto o della concessione svolta dall’impresa anche in maniera prevalente; rimane altresì fermo che il contratto collettivo individuato debba essere stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale.

Di portata innovativa e in discontinuità rispetto al D.lgs. 50/2016 e alla giurisprudenza formatasi sul tema è, invece, l’introduzione al comma 2 dell’art. 11 dell’obbligo per la stazione appaltante di indicare nei bandi e negli avvisi il contratto collettivo applicabile al personale dipendente impiegato nell’appalto o nella concessione.

Con tale previsione il legislatore ha voluto restringere le ipotesi in cui, per la frammentazione dei contratti collettivi nell’ambito del medesimo settore, l’operatore economico applichi un CCNL che non garantisca al lavoratore le migliori tutele sotto il profilo normativo ed economico.

Nell’ottica di salvaguardare la libertà di iniziativa economica, al comma 3 dell’art. 11, viene consentito agli operatori economici di indicare nella propria offerta un differente contratto collettivo purché assicurino le stesse tutele di quello indicato dalla stazione appaltante.

In tale caso, l’operatore economico dovrà presentare prima dell’aggiudicazione o dell’affidamento una dichiarazione con la quale si impegna ad applicare il contratto collettivo indicato per tutta la durata del contratto ovvero la dichiarazione di equivalenza delle tutele, che dovrà essere verificata dalla stazione appaltante anche mediante la procedura di verifica di anomalia dell’offerta.

La norma così come formulata lascia tuttavia aperta la questione

della possibile sovrapposizione tra settori di attività e quindi della possibile applicabilità di più contratti collettivi conformi con ambiti di applicazione compatibili con l'attività oggetto dell'appalto. In questo senso, le organizzazioni sindacali dovranno, in fase di contrattazione di anticipo, supportare le stazioni appaltanti nell'individuare il CCNL più corretto per le prestazioni previste dalla procedura di gara.

In tema di subappalto viene confermato all'art. 11, comma 5, che le stazioni appaltanti assicurano, in tutti i casi, che le medesime tutele normative ed economiche siano garantite ai lavoratori in subappalto. Tale articolo viene coordinato con l'art. 119 secondo cui il subappaltatore, per le prestazioni affidate in subappalto, deve garantire gli stessi standard qualitativi e prestazionali previsti nel contratto di appalto e riconoscere ai lavoratori un trattamento economico e normativo non inferiore a quello che avrebbe garantito il contraente principale. Si segnala poi che l'art. 119 comma 12 prevede che l'appaltatore debba corrispondere ai subappaltatori, senza alcun ribasso, i costi della sicurezza e della manodopera relativi alle prestazioni affidate in subappalto.

Viene altresì mantenuta la responsabilità solidale dell'appaltatore in caso di inosservanza del trattamento economico e normativo del CCNL applicato da parte dei subappaltatori nei confronti dei loro dipendenti per le prestazioni rese nell'ambito del subappalto.

Infine, rimane ferma la disposizione, come già previsto nel decreto-legge Semplificazioni-bis (n. 77 del 2021), secondo la quale è nullo l'accordo con cui viene affidata a terzi l'esecuzione integrale delle prestazioni o lavorazioni appaltate, nonché la prevalente esecuzione delle lavorazioni relative alla categoria prevalente e dei contratti ad alta intensità di manodopera. Pertanto l'appaltatore non potrà subappaltare senza limiti quantitativi nei contratti ad alta intensità di manodopera.

Con riguardo invece alla clausola sociale, si segnala che l'art. 57 del nuovo Codice dei contratti pubblici, in conformità alla legge delega, prevede esplicitamente l'obbligo per le stazioni appaltanti di inserire nei bandi di gara, avvisi e inviti, specifiche clausole sociali con le quali sono richieste, come requisiti necessari dell'offerta, misure orientate a garantire le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate, la stabilità del personale impiegato, l'applicazione dei contratti collettivi nazionali e territoriali di settore nonché le stesse tutele economiche e normative per i lavoratori in subappalto e contro il lavoro irregolare. La portata innovativa di tale disposizione risiede nell'applicazione delle clausole sociali a tutti i contratti di lavori e servizi, ad eccezione dei servizi di natura intellettuale, e alla qualificazione delle misure richieste dalle clausole sociali quali "requisiti necessari dell'offerta". Importante anche sottolineare come la disposizione preveda che le clausole sociali non siano volte alla mera "promozione" degli obiettivi indicati, come invece previsto dal D.lgs. 50/2016, bensì siano poste a "garanzia" del raggiungimento degli stessi.

Rispetto al D.lgs. 50/2016 viene inoltre riservata una particolare attenzione agli interventi riguardanti il settore dei beni culturali e del paesaggio, come indicato nella legge delega.

L'art. 57 sulle clausole sociali è coordinato con l'art. 102 dedicato agli impegni sociali che l'operatore economico deve assumere. In particolare, in sede di compilazione della documentazione amministrativa, il concorrente dovrà:

- garantire la stabilità occupazionale del personale impiegato;
- garantire l'applicazione dei contratti collettivi nazionali e territoriali di settore, tenendo conto, in relazione all'oggetto dell'appalto e alle prestazioni da eseguire, anche in maniera prevalente, di quelli stipulati dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e di quelli il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con

l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente, nonché garantire le stesse tutele economiche e normative per i lavoratori in subappalto rispetto ai dipendenti dell'appaltatore e contro il lavoro irregolare;

- garantire le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate.

Al fine di dare concreta attuazione alla già menzionata disposizione, l'operatore dovrà inoltre descrivere nell'offerta le modalità con le quali intende adempiere quegli impegni. La stazione appaltante, d'altro canto, dovrà verificare l'attendibilità degli impegni assunti, con qualsiasi adeguato mezzo, nei confronti dell'offerta dell'aggiudicatario.

Con riguardo alla costruzione dell'offerta e ai suoi criteri di valutazione, analogamente a quanto previsto all'art. 95, comma 10 del D.lgs. 50/2016, all'art. 108, comma 9, del nuovo Codice dei contratti pubblici è previsto che nell'offerta economica l'operatore debba indicare, a pena di esclusione, i costi della manodopera e gli oneri aziendali per l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro, eccetto che nelle forniture senza posa in opera e nei servizi di natura intellettuale. Rispetto al D.lgs. 50/2016, la deroga non opera per gli affidamenti diretti, che quindi sono sottoposti all'obbligo dichiarativo in ogni caso, e costi della manodopera e oneri aziendali rimangono soggetti a verifica di anomalia ai sensi dell'art. 110.

Rimane confermato che i contratti relativi ai servizi ad alta intensità di manodopera siano aggiudicati esclusivamente sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo (art. 108, comma 2, lett. a)). Inoltre, unicamente per gli appalti ad alta intensità di manodopera, la stazione appaltante deve stabilire un tetto massimo per il punteggio economico entro il limite del 30%, come era stato previsto nel Codice del 2016.

Con riguardo alla progettazione della gara, all'art. 41, comma 13, viene

mantenuta la disciplina vigente di cui all'art. 23, comma 16, del D.lgs. 50/2016 relativa alla determinazione del costo della manodopera sulla base delle tabelle del ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, elaborate prendendo a riferimento i contratti collettivi di settore più rappresentativi vigenti. In mancanza di contratto collettivo di settore si fa riferimento a quello del settore più affine.

Viene aggiunta poi una clausola di chiusura per cui, in caso di mancata disponibilità di un prezzario aggiornato, è previsto il ricorso ai listini ufficiali o ai listini delle camere di commercio locali, industria, artigianato e agricoltura oppure, in difetto, ai prezzi correnti di mercato in base al luogo di effettuazione degli interventi.

Di rilievo è una clausola innovativa introdotta nel nuovo Codice all'art. 41, comma 14, la quale prevede che, per determinare l'importo posto a base di gara, la stazione appaltante debba individuare i costi della manodopera nei documenti di gara e che tali costi, e non più solo quelli della sicurezza, debbano essere scorporati dall'importo assoggettato al ribasso. Per bilanciare la portata di tale innovazione, viene tuttavia precisata la possibilità per l'operatore economico di dimostrare che il ribasso complessivo dell'importo derivi da una più efficiente organizzazione aziendale.

Da ultimo, si deve segnalare che all'art. 95, comma 1, lett. a) tra le clausole di esclusione non automatica si rileva la sussistenza di gravi infrazioni, debitamente accertate con qualunque mezzo adeguato, alle norme in materia di salute e di sicurezza sul lavoro nonché agli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dalla normativa europea e nazionale. Si tratta di una fattispecie escludente rimessa alla valutazione discrezionale della stazione appaltante.

In tale caso la stazione appaltante può valutare di non escludere l'operatore economico qualora esso fornisca prova del fatto che le misure da lui adottate siano sufficienti a dimostrare la sua affidabilità, secondo le modalità indicate all'art. 96, comma 6.

2.

Comparazione di tre modelli europei

2.1. Inquadramento

Considerato che il presente non può essere compreso se non viene posto a confronto con il passato, occorre intraprendere questo studio comparativo con l'analisi della storia e dell'evoluzione del diritto dei contratti pubblici nei principali sistemi giuridici europei e, cioè, da una ricostruzione storica dei rapporti contrattuali tra lo Stato e i privati nel nostro continente, per poi concentrare l'attenzione sul tema delle clausole sociali nei diversi contesti presi in esame.

Come è noto, il contratto è un accordo tra due parti, dal quale risulta una determinata regolamentazione dei rispettivi interessi. Si tratta di un istituto da sempre utilizzato dalle pubbliche amministrazioni per perseguire fini istituzionali, ovvero per curare il pubblico interesse, indipendentemente dalla predisposizione nell'ordinamento di una branca del diritto espressamente volta a regolare l'azione delle amministrazioni stesse con regole e principi diversi da quelli previsti per i rapporti tra i privati.

Effettivamente, tutti gli ordinamenti hanno dovuto strutturare questo strumento consensuale di autoregolamentazione degli interessi in modo tale da attenuare e bilanciare il rapporto tra una posizione di fatto dominante e una parte più debole, ma le pubbliche amministrazioni hanno anche dovuto rivedere la struttura del contratto per modellare le proprie strategie di organizzazione e di azione affiancando all'immagine di ente autoritario, che impone unilateralmente regole e condizioni, quella di figura pubblica con cui collaborare.

Le diverse concezioni storico-culturali di ciascuna organizzazione statale hanno esercitato una forte influenza sulla questione della contrattualità pubblica all'interno dei diversi ordinamenti, per esempio, nei sistemi anglo-americani si è assistito a un allontanamento dai principi del *common law*, attraverso il riconoscimento di deroghe al principio dell'*equality before the law*, mentre negli altri sistemi giuridici continentali l'elaborazione del *public service* ha assunto dei caratteri formalmente e sostanzialmente amministrativi, divenendo una branca speciale del diritto dotata di un regime proprio, quello dei contratti pubblici.

2.2. *Il modello francese*

La libertà e l'eguaglianza delle parti sono i presupposti giuridici e ideologici del modello contrattuale moderno fondato sull'accordo, sebbene nelle prime fasi, in cui si stava creando un vero e proprio apparato amministrativo, vi fosse una dicotomia di disciplina, composta da un diritto comune delle grandi codificazioni nazionali ottocentesche, e un diritto speciale, frutto delle deroghe di tali corpi normativi.

Infatti, nei sistemi di *civil law*, in particolare nel modello francese, si iniziarono dapprima a delineare taluni principi e norme che trovano applicazione solo quando uno dei soggetti contrattanti è la pubblica amministrazione, così da dare luce alla teoria generale dei *contrats administratifs*.

In particolare, nel XIX secolo, si iniziarono a distinguere da un lato i contratti conclusi dalla pubblica amministrazione secondo forme identiche a quelle delle persone fisiche, così come definite e regolate dal Codice civile, per cui trovava applicazione il diritto privato (compravendita di immobili, locazioni, prestazioni d'opera, assicurazioni); d'altro lato quei contratti che, sebbene si basassero sull'accordo tra le parti, erano soggetti a regole diverse da quelle che si riferivano ai contratti ordinari e, per le controversie, facevano

riferimento alla giurisdizione amministrativa (appalti di lavori, servizi e forniture, trasporti, concessioni di servizio pubblico, debito pubblico, *offre de concours*).

Nei *contrats administratifs*, dunque, la disciplina di base era squisitamente civilistica, in quanto il nucleo fondamentale della nozione di contratto era unitario, ma l'amministrazione presentava comunque un potere unilaterale di predeterminazione delle clausole contrattuali, che dovevano essere accettate dalla controparte¹⁹.

Con specifico riferimento alla previsione di clausole sociali nei *contrats administratifs*, i primi tentativi in tal senso erano stati compiuti alla fine del XIX secolo, in tre celebri casi posti all'attenzione del *Conseil d'État*.

Il primo caso si era verificato quando una pubblica amministrazione aveva chiesto ai giudici amministrativi un parere circa la previsione, nei documenti di gara, dell'obbligo del rispetto di una clausola relativa al salario minimo e alla giornata di lavoro "ridotta" a nove ore, previsione giudicata illegittima dal *Conseil municipal de Paris* ed eliminata dal bando (deliberazioni 31 luglio 1886 e 27 aprile 1887).

Il secondo caso, pressoché contemporaneo al primo, riguardava il ricorso promosso da alcune imprese escluse da una gara relativa a un appalto di lavori, in quanto non avevano accettato la clausola relativa al salario minimo e alla limitazione della giornata di lavoro, e, anche in tale occasione, il Consiglio di Stato aveva mantenuto la medesima impostazione, annullando l'aggiudicazione (*Conseil d'État*, deliberazione 21 marzo 1890).

Nel terzo caso, invece, il comune di Parigi aveva proposto ricorso contro un provvedimento che abrogava una deliberazione del Consiglio municipale relativo alle condizioni di aggiudicazione di un appalto pubblico, in particolare in merito al salario minimo e alla giornata lavorativa. Il Consiglio di Stato rigettò il ricorso, sostenendo

¹⁹ Si veda G. Napolitano, *Diritto amministrativo comparato*, Giuffrè, 2007.

che nel prevedere tali clausole l'amministrazione avesse oltrepassato le proprie attribuzioni (*Conseil d'État*, 23 gennaio 1891²⁰).

Tuttavia, nel corso del XX secolo, gli aspetti sociali assunsero un ruolo sempre maggiore nell'ambito dei contratti pubblici, soprattutto a partire dagli anni '90, quando si rese necessario approvare nuove norme per diminuire la pressione fiscale sulle imprese e per migliorare le condizioni di lavoro, anche al fine di contrastare la delocalizzazione.

I giudici amministrativi e costituzionali francesi ostacolarono dunque l'inclusione di specifici strumenti di tutela sociale nei bandi di gara, fino a quando venne inserito l'art. 14 al Codice dei contratti pubblici francese del 2006, riconoscendo che le condizioni di esecuzione di un contratto o di un accordo quadro potessero includere elementi di carattere sociale o ambientale che tenessero conto degli obiettivi di sviluppo sostenibile, conciliandoli con lo sviluppo economico.

A partire dal primo aprile 2016, poi, le direttive 2014/24/UE sugli appalti pubblici e 2014/25/UE sugli appalti da parte di enti erogatori di acqua, energia, trasporti e servizi postali e la direttiva 2014/23/UE sui contratti di concessione sono state recepite nell'ordinamento francese, sebbene prima di ciò gli appalti pubblici in Francia fossero sempre stati suddivisi in tre tipi di contratti: appalti pubblici, contratti di partenariato pubblico-privato e contratti di concessione. Il quadro giuridico francese era quindi disciplinato da una serie di normative diverse che ne rendevano complessa l'attuazione, poiché i contratti di appalto pubblico erano regolati dal Codice degli appalti pubblici del 2006 e dall'*ordonnance* n. 2005-649 del 6 giugno 2005; i contratti di partenariato pubblico-privato (*contrats de partenariat*) erano disciplinati dall'*ordonnance* n. 2004-559 del 17 giugno 2004 e dalle disposizioni del Codice generale della proprietà degli enti

²⁰ Si veda G. Barberis, *La tutela del lavoro e le clausole sociali in Francia*, in «Rivista italiana di diritto pubblico comunitario», 2017, 6, 1351-1380.

pubblici sui contratti di locazione a lungo termine; mentre i contratti di concessione erano disciplinati dalla legge n. 93-122 del 29 gennaio 1993 che regolava i contratti di servizio pubblico e dall'*ordonnance* n. 2009-864 del 15 luglio 2009.

Così, la disciplina sui contratti pubblici francese, in attuazione delle menzionate direttive sui contratti pubblici del 2014, ha semplificato l'impostazione precedente e ha riunito in un unico *corpus* giuridico le discipline, includendo anche i contratti di partenariato pubblico-privato. Più precisamente, questo processo è avvenuto in due differenti momenti, il primo di puro recepimento, con l'*ordonnance* n. 2015-899 per gli appalti e con l'*ordonnance* n. 016-65 del 29 gennaio 2016 in materia di concessioni, e il secondo di codificazione, tramite l'abrogazione dei precedenti testi e la pubblicazione di un nuovo codice basato sull'*ordonnance* n. 2018-1074 del 26 novembre 2018 e sul decreto n. 2018-1075 del 3 dicembre 2018²¹.

Attualmente, per quanto riguarda la preparazione dell'appalto pubblico, l'articolo L. 2111-1 del nuovo codice stabilisce che la natura e l'entità dei requisiti da soddisfare debbano essere accuratamente determinati dalle amministrazioni aggiudicatrici prima di avviare la consultazione, tenendo conto degli obiettivi di sviluppo sostenibile e integrando adeguatamente i requisiti ambientali, sociali e lavorativi nelle procedure di appalto pubblico, così che le amministrazioni aggiudicatrici soggette al codice adottino e rendano pubblico un Programma di appalti pubblici per la promozione di procedure socialmente responsabili, comprendente elementi volti a contribuire all'integrazione sociale e professionale dei lavoratori disabili o svantaggiati, quando l'importo totale annuo dei loro acquisti è superiore a 100 milioni di euro (art. L. 2111-3). Nel redigere le clausole

²¹ Si veda S. Gualandi, *Social clauses in French public procurement* in «Social clauses in the implementation of the 2014 public procurement directives», Confederation Syndicat European Trade Union, 2022.

contrattuali che specificano le condizioni di esecuzione del contratto, l'amministrazione aggiudicatrice può prendere in considerazione la dimensione sociale degli appalti pubblici, in particolare le questioni sociali, l'occupazione e la lotta contro le discriminazioni (art. L. 2112-2), a condizione che siano collegati all'oggetto del contratto e che siano chiaramente indicati nel bando di gara o nei documenti di appalto.

Allo stesso tempo, l'acquirente pubblico può richiedere che il contratto (o parte di esso) sia eseguito sul territorio di uno Stato membro dell'UE, in modo da garantire gli standard minimi europei sociali e in materia di lavoro (art. L. 2112-4).

L'art. L. 2152-1, inoltre, prevede che, durante la fase di gara, le offerte irregolari, inaccettabili o inadeguate debbano essere respinte dall'acquirente pubblico, per cui si considera irregolare anche un'offerta che, tra l'altro, non rispetta la legislazione sociale applicabile (art. L. 2152-2).

In breve, si può affermare che al momento in Francia le clausole sociali nella stragrande maggioranza dei casi prendono la forma delle cosiddette clausole di inserimento lavorativo, sebbene possano assumere anche la forma di clausole sociali di ritiro, per cui si prevede che il diritto di partecipare alle procedure di appalto pubblico sia riservato a operatori attivi nell'inserimento sociale e lavorativo di persone disabili o svantaggiate²².

Un esempio è l'art. L. 2112-2 che prevede come clausola sociale la possibilità di richiedere agli operatori economici di contemplare, nel corso dell'esecuzione del contratto, un'azione di inserimento professionale per le persone non occupate, sebbene sia possibile anche che le amministrazioni aggiudicatrici autorizzino una "variante", ovvero una proposta di un offerente per nuove modalità

²² Si veda F. Maréchal, P.H. Morand, *Are social and environmental clauses a tool for favoritism? Analysis of French public procurement contracts*, HAL Science ouverte, 2021.

socialmente responsabili di prestazione dei servizi, non previste dal committente pubblico.

Un caso particolare di clausola sociale prevista in Francia, anche se molto discussa, è la cosiddetta “clausola Molière”, emanata sulla base dell’art. L. 2112-2, che impone che i lavoratori incaricati dell’esecuzione di un appalto pubblico siano in grado di comprendere e parlare il francese o, in mancanza di ciò, che un interprete sia presente sul luogo di esecuzione affinché i lavoratori possano comprendere i propri diritti lavorativi e sociali e le norme di salute e sicurezza che devono rispettare. È stato osservato in merito che la clausola Molière presenti seri dubbi sulla sua compatibilità con il diritto degli appalti pubblici e con il diritto dell’Unione europea, perché, se da un lato l’obbligo di padroneggiare la lingua francese può essere concepito come un contributo al rispetto delle norme di sicurezza sul posto di lavoro (art. L. 4531-1), dall’altro ciò potrebbe condurre a una forma di discriminazione, permettendo di escludere le aziende che si avvalgono di lavoratori distaccati, al fine di favorire una forma di protezionismo.

La previsione di tali clausole ha dato il via a un’istruzione ministeriale del 27 aprile 2017 che ha considerato illegali tali pratiche, fatta eccezione, per i casi in cui non vi fosse una stretta correlazione all’oggetto del contratto e fosse quindi effettivamente necessaria per la sua esecuzione.

In seguito, il Consiglio di Stato ha confermato questa interpretazione (4 dicembre 2017, deliberazione n. 413366), aggiungendo che la clausola debba essere applicata indistintamente a qualsiasi azienda, indipendentemente dalla nazionalità dei suoi lavoratori, e non debba essere discriminatoria o non costituisca un ostacolo alla libera circolazione dei lavoratori²³.

²³ Si veda S. Gualandi, *Social clauses in French public procurement* in «Social clauses in the implementation of the 2014 public procurement directives», Confederation Syndicat European Trade Union, 2022.

2.3. Il modello spagnolo

Nell'ordinamento spagnolo, il modello francese dei *contrats administratifs* è stato recepito dalla giurisprudenza e dalla dottrina e ciò ha consentito l'approvazione della famosa legge Santamaría de Paredes, ossia la legge sul contenzioso amministrativo del 13 settembre 1888, mentre la nuova legge organica in materia è la r.d.l. n. 2/2000 che ha confermato l'impostazione del *contrato administrativo* accanto al *contrato privado*, includendo nel primo gruppo anche i contratti che rientrano nella competenza funzionale dell'amministrazione²⁴.

In materia di clausole sociali, in Spagna le amministrazioni aggiudicatrici sono tenute a adottare le misure necessarie per garantire, nell'esecuzione degli appalti, il rispetto da parte dell'appaltatore degli obblighi in materia di diritto sociale, del lavoro e in materia ambientale stabiliti sia dal diritto dell'Unione europea, sia da quello nazionale e regionale, sia dai contratti collettivi e dalle disposizioni del diritto internazionale vincolanti per lo Stato.

Tra le discipline più rilevanti, si deve fare riferimento alla *Ley 9/2017* dell'8 novembre 2017 (di seguito Codice dei contratti pubblici spagnolo), che recepisce nell'ordinamento spagnolo le direttive del Parlamento europeo e del Consiglio 2014/23/UE e 2014/24/UE del 26 febbraio 2014, e che mira, tra l'altro, a garantire che le autorità pubbliche utilizzino gli appalti per sostenere obiettivi sociali comuni (cfr. Preambolo, I) e che gli appalti pubblici siano impiegati come strumento per attuare le politiche europee e nazionali in materia sociale, ambientale, di innovazione e sviluppo, di promozione delle PMI e di antitrust (cfr. Preambolo, III), tanto che l'articolo 145 prevede espressamente l'introduzione di considerazioni sociali

²⁴ Si veda G. Napolitano, *Diritto amministrativo comparato*, Giuffrè, 2007.

nella fase di aggiudicazione dell'appalto²⁵. Tra le principali finalità dell'introduzione di criteri di aggiudicazione di natura sociale, previsti dall'art. 145 del Codice dei contratti pubblici spagnolo, vi è quella di favorire l'integrazione sociale di persone con disabilità, persone svantaggiate o membri di gruppi vulnerabili tra le persone addette all'esecuzione dell'appalto e, in generale, l'inserimento sociale e lavorativo di persone con disabilità o a rischio di esclusione sociale, oppure il subappalto con centri speciali per l'impiego o società di inserimento, o ancora i piani di parità di genere applicabili nell'esecuzione dell'appalto e, in generale, la parità tra uomini e donne, la promozione dell'assunzione di donne, la conciliazione della vita professionale, personale e familiare. Tra gli altri, vengono perseguiti anche il miglioramento delle condizioni di lavoro e salariali, la stabilità del posto di lavoro, l'assunzione di un maggior numero di persone per l'esecuzione del contratto, la formazione, la salute e la sicurezza sul lavoro, l'applicazione di criteri etici e di responsabilità sociale nella fornitura del contratto, i criteri relativi alla fornitura o all'uso di prodotti basati sul commercio equo e solidale durante l'esecuzione del contratto.

Peraltro, l'art. 202 del Codice dei contratti pubblici spagnolo sottolinea l'importanza di attuare i diritti riconosciuti dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità; di assumere un numero di persone con disabilità superiore a quello previsto dalla legislazione nazionale; di promuovere l'impiego di persone con particolari difficoltà di inserimento nel mercato del lavoro, in particolare persone con disabilità o in situazione o a rischio di esclusione sociale, attraverso le società di inserimento; di eliminare le disuguaglianze tra uomini e donne, favorendo l'applicazione

²⁵ Si veda M.A.C de Guerrero Manso, *Guía práctica sobre la inclusión de cláusulas sociales en la contratación pública, con especial atención a las cláusulas que permitan la integración y participación en los contratos de las mujeres*, Instituto Aragonés de la mujer, 2020.

di misure che promuovano la parità di diritti tra uomini e donne e l'uguaglianza sul lavoro. Vengono altresì promosse, tra le altre, la partecipazione delle donne al mercato del lavoro e la conciliazione tra lavoro e vita familiare, ma anche le politiche per il contrasto alla disoccupazione giovanile, in particolare quella che colpisce le donne e quella di lunga durata.

Il citato art. 202 sottolinea anche l'importanza della formazione sul posto di lavoro e fa riferimento alla strategia coordinata per l'occupazione, definita all'articolo 145 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, nonché ai diritti fondamentali del lavoro lungo l'intera catena produttiva, esigendo l'adempimento delle convenzioni fondamentali dell'Organizzazione internazionale del lavoro (OIL), comprese quelle che mirano a favorire i piccoli produttori dei Paesi in via di sviluppo, mantenendo relazioni commerciali a loro favorevoli tramite il pagamento di un prezzo minimo e di un premio per i produttori o una maggiore trasparenza e tracciabilità lungo l'intera catena commerciale.

Pertanto, le amministrazioni aggiudicatrici devono acquisire i lavori, le forniture o i servizi di cui hanno bisogno per svolgere la loro attività a beneficio dei cittadini, ma, allo stesso tempo, devono tenere conto anche delle necessità di attuare ulteriori politiche pubbliche, motivo per cui nell'art. 1, comma 3, del Codice dei contratti pubblici spagnolo si prevede il ricorso trasversale a criteri sociali e ambientali ogni qual volta siano correlati all'oggetto del contratto, nella prospettiva di garantire un miglior rapporto qualità-prezzo nella prestazione contrattuale e di contribuire a una maggiore e migliore efficienza nell'uso dei fondi pubblici.

Inoltre, la medesima legge prevede anche divieti di contrattazione a seguito dell'inosservanza degli obblighi sociali previsti a carico dei privati; l'obbligo di definire le specifiche tecniche applicando criteri di accessibilità per tutte le persone se, per le caratteristiche dell'oggetto dell'appalto, i soggetti a cui è rivolto sono delle persone fisiche; criteri

di sostenibilità e di protezione dell'ambiente ogni volta che l'oggetto dell'appalto incide, o può incidere, sull'ambiente.

Tra le disposizioni più interessanti, viene sancito che nella scelta dell'aggiudicatario vada valutato non solo il prezzo e il suo rapporto con gli aspetti qualitativi, ma possano essere inclusi criteri di spargio riferiti agli aspetti sociali e lavorativi, nonché ci sia l'obbligo di prevedere almeno una condizione speciale di esecuzione del contratto di natura sociale, etica, ambientale o di innovazione, o l'obbligo di riservare una percentuale minima di contratti ai centri speciali per l'impiego di iniziativa sociale (*centros especiales de empleo de iniciativa social*) e alle imprese di inserimento regolamentate (*empresas de inserción reguladas*).

Il Codice dei contratti pubblici spagnolo sottolinea ripetutamente l'obbligo che tutti gli appalti pubblici soddisfino obiettivi sociali, ambientali e/o di innovazione, e tali disposizioni sono puntualmente recepite nelle disposizioni specifiche dei regolamenti regionali (*normativa autonómica*).

In tal senso, un ulteriore esempio di clausola sociale disciplinata dal Codice dei contratti pubblici spagnolo riguarda la possibilità, per le stazioni appaltanti, di richiedere alle aziende, nella fase di aggiudicazione e di esecuzione del contratto, il rispetto degli standard lavorativi stabiliti nei contratti collettivi settoriali (artt. 101.2; 102.3; 122.2; 149.4; 202.2), cristallizzando di fatto una preferenza della stazione appaltante per le aziende che non fanno ricorso agli strumenti di flessibilità recentemente previsti dallo Statuto dei lavoratori spagnolo, al fine di evitare la presentazione di offerte che mirano a ridurre in modo anomalo o sproporzionato i prezzi o i costi relativi all'appalto, a discapito dei diritti dei lavoratori e della concorrenza tra gli offerenti.

In altri termini, il legislatore spagnolo ha consentito di legare l'aggiudicazione dell'appalto agli standard lavorativi previsti dai contratti collettivi di settore, che assumono, quindi, un ruolo centrale

nei rapporti di lavoro nei diversi settori di attività²⁶.

Eppure, l'aspetto più complesso della disciplina spagnola probabilmente risiede nell'individuare quale sia l'obiettivo sociale più adatto e compatibile con l'oggetto di ciascun contratto, poiché la previsione di determinate clausole sociali richiede una scelta motivata e una giustificazione, coerente con l'oggetto e con le modalità di esecuzione del contratto. Infatti, la scelta e la definizione dell'oggetto dell'appalto, un aspetto fondamentale per qualsiasi gara pubblica, è particolarmente rilevante negli appalti sociali spagnoli, in quanto il requisito del legame con l'oggetto determinerà se e in che misura sia possibile includere clausole sociali e se queste siano proporzionate e giustificate.

Per tale motivo, è cura dell'ente appaltante stabilire quale sarà l'oggetto del contratto, e quali criteri sociali debbano essere promossi tenendo sempre conto di alcune precauzioni, di cui la prima è proprio il necessario legame con l'oggetto del contratto.

In secondo luogo, le clausole sociali devono essere giustificate e proporzionate, perché non devono limitare inutilmente la concorrenza, e il valore stimato dell'appalto deve essere adeguato al costo reale dell'oggetto, tenendo conto dei requisiti contenuti nel capitolato d'appalto. Infine, è necessario prevedere le modalità di verifica del rispetto delle clausole sociali, che altrimenti potrebbero facilmente essere rese inefficaci.

Le imprese che partecipano alla gara d'appalto devono rispettare i requisiti e i criteri sociali stabiliti nel capitolato d'oneri al momento della presentazione dell'offerta e devono mantenerli per tutta la

²⁶ Si veda N. Castelli, *The introduction of social considerations in procurement in Spain: the difficult implementation of the 2014 European directives*, in «Social clauses in the implementation of the 2014 public procurement directives», Confederation Syndicat European Trade Union, 2022.

durata del contratto, dimostrandoli attraverso la presentazione di dichiarazioni di responsabilità, certificati, relazioni o revisioni che possono essere periodici al fine di verificare la corretta conformità fino alla fine del contratto.

Nel caso in cui una parte dell'esecuzione del contratto venga subappaltata, l'azienda subappaltatrice sarà a sua volta responsabile del rispetto delle clausole sociali relative al suo lavoro, nella parte proporzionale corrispondente.

Allo stesso tempo, è essenziale che il capitolato d'appalto preveda le modalità di monitoraggio della conformità e del mantenimento di tali requisiti durante l'esecuzione del contratto, ad esempio attraverso la nomina di un responsabile del contratto o di appositi comitati di monitoraggio.

Si comprende che, in tale ambito, assume un'importanza cruciale lo studio effettuato prima di iniziare a preparare la procedura a evidenza pubblica, affinché si analizzino le reali esigenze esistenti e la situazione di partenza nelle varie aree in cui si può intervenire, in modo da scegliere la soluzione migliore: ad esempio, se l'obiettivo dell'amministrazione è adottare misure volte a ottenere l'effettiva parità tra donne e uomini, sarà necessario, innanzitutto, conoscere la situazione di partenza, cioè ottenere e analizzare le informazioni essenziali su vari aspetti di interesse suddivisi per genere, nonché studiare le misure al momento già in essere in modo da poter valutare il grado di efficacia.

Eppure in Spagna, nonostante i tentativi delle direttive appalti del 2014, l'introduzione di criteri e considerazioni sociali e lavorative nelle diverse fasi degli appalti pubblici continua a incontrare particolari difficoltà di consolidamento nella pratica, soprattutto quando si cerca di configurarli come criteri di aggiudicazione.

Sul punto, si scontrano due differenti interpretazioni.

La prima concezione, più rigida, sconta una visione tradizionale degli appalti pubblici, in cui i criteri qualitativi di aggiudicazione devono

portare a un miglioramento del livello di prestazione o di esecuzione del contratto, ma solo se presentano una coerenza rispetto all'oggetto dell'appalto. Non dovrebbero perciò essere utilizzati come criteri di aggiudicazione aspetti come quelli sociali, lavorativi, ambientali, innovativi, perché non sono volti a valutare comparativamente le offerte in termini tecnici.

L'altra interpretazione è più permissiva e flessibile, in quanto concepisce il vincolo con l'oggetto dell'appalto in senso più elastico, ritenendo sufficiente che l'incorporazione di criteri qualitativi porti a un miglioramento del livello di prestazione o dell'esecuzione dell'appalto, in qualsiasi suo aspetto (sociale, lavorativo, ambientale o di innovazione) e in qualsiasi fase del suo ciclo di vita, anche quando questi aspetti non fanno parte dell'oggetto vero e proprio del contratto di appalto²⁷.

2.4. Il modello tedesco

Abbiamo visto come nei sistemi francese e spagnolo il concetto di *contrat administratif* sia fortemente legato alla teoria del *public service*, in quanto il contratto amministrativo si connota per la sua natura fortemente legata alla prestazione di un servizio pubblico. L'impostazione su cui storicamente si fondava il modello tedesco era, invece, in parte diversa, perché il criterio che assumeva valore dirimente era legato alla soggettività, ovverosia il collegamento con la persona giuridica dello Stato, per cui nel diritto tedesco del secolo scorso non veniva definita una teoria dei contratti amministrativi perché non si riteneva che il rapporto contrattuale tra lo Stato e il

²⁷ Si veda N. Castelli, *The introduction of social considerations in procurement in Spain: the difficult implementation of the 2014 European directives*, in «Social clauses in the implementation of the 2014 public procurement directives», Confederation Syndicat European Trade Union, 2022.

soggetto privato fosse frutto di uno scambio di consensi, ma piuttosto di un atto di sottomissione del soggetto privato.

Sarà la legge generale sul procedimento amministrativo (*Verwaltungsverfahrensgesetz*), a metà degli anni '70 del secolo scorso, a riconoscere la natura consensuale del contratto tra il soggetto pubblico e il soggetto privato (i c.d. *öffentlich-rechtliche Vertrag*²⁸).

Con riguardo al settore dei contratti pubblici, dalla fine degli anni '90 i principi giuridici fondamentali degli appalti pubblici tedeschi facevano parte della Legge contro le restrizioni della concorrenza (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*), che regola fundamentalmente il diritto antitrust e della concorrenza tedesco, mentre nel dicembre 2015 il Parlamento tedesco ha adottato la cosiddetta Legge per la modernizzazione del diritto degli appalti pubblici (*Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts - Vergaberechtsmodernisierungsgesetz-VergRModG*) che contiene una riorganizzazione fondamentale della principale legge tedesca sugli appalti.

In Germania, le autorità pubbliche spendono ogni anno tra i 300 e i 500 miliardi di euro in appalti pubblici (Solbach 2018, OCSE 2019): si tratta di una percentuale compresa tra il 13 e il 15% del PIL tedesco e, considerato che la Germania ha un sistema politico federale, gli appalti pubblici sono organizzati in modo decentrato.

Lo stato attuale del quadro giuridico tedesco è il risultato di una riforma completa del diritto degli appalti pubblici con la quale la Germania ha recepito nel diritto nazionale le nuove direttive dell'UE in materia di appalti del 2014, e praticamente tutti gli Stati federali tedeschi hanno disciplinato la materia dei contratti pubblici con una apposita legge, includendo anche i criteri sociali, sebbene tramite logiche tra loro differenti, in particolare per quanto riguarda il numero di criteri sociali, i criteri specifici e le loro modalità di regolamentazione.

²⁸ Si veda G. Napolitano, *Diritto amministrativo comparato*, Giuffrè, 2007.

In verità, i criteri sociali nei regolamenti sugli appalti pubblici sono stati previsti in Germania piuttosto recentemente, considerato che non sono apparsi nella legislazione sugli appalti pubblici fino alla fine del XX secolo.

A tal proposito, è d'obbligo menzionare la sentenza della Corte di giustizia europea sulla causa C-346/06 del 3 aprile 2008 Dirk Ruffert in qualità di liquidatore dei beni di *Objekt und Bauregie GmbH & Co. KG* contro il Land della Bassa Sassonia, in cui la Corte ha dichiarato non conformi al diritto europeo i criteri sociali più vecchi e più comunemente applicati in Germania: si tratta di una sentenza decisiva in materia di clausole sociali perché ha stimolato non solo un dibattito sulla pronuncia in questione, ma ha anche innescato uno sviluppo che ha portato all'espansione delle politiche tedesche sia sotto il profilo qualitativo sia quantitativo, aumentando la portata delle clausole sociali nei vari Stati federali e la loro diversificazione a seconda dei contesti di inserimento.

In particolare, la menzionata sentenza della Corte di giustizia europea ha preso in esame una clausola specifica nella legge sugli appalti dello Stato federale tedesco della Bassa Sassonia, che consente di assegnare appalti pubblici di costruzione solo alle aziende che accettano di pagare i propri dipendenti almeno al tasso stabilito da un contratto collettivo, classificandola come un ostacolo alla libertà economica e, quindi, in contraddizione con il diritto dell'UE.

All'indomani della sentenza Ruffert in Germania è stata inaugurata una nuova e diversa fase di espansione dei criteri sociali nelle leggi subnazionali, per cui sono stati previsti e si sono diffusi nuovi criteri sociali, come il necessario rispetto dei contratti collettivi o la promozione del contratto di apprendistato.

Attualmente, quindi, mentre alcuni Stati federali hanno regolamenti che includono solo uno o due criteri sociali (i più comuni sono il salario minimo specifici per i lavoratori nell'ambito dei contratti

pubblici, e il rispetto degli standard fondamentali del lavoro dell'ILO), altri, tra cui lo Schleswig-Holstein, hanno leggi che includono fino a 13 criteri sociali diversi.

Ebbene, in Germania le leggi sugli appalti mostrano notevoli differenze tra gli Stati federali in termini di ambito di applicazione, portata e regolamenti concreti sui criteri sociali di aggiudicazione e comprendono un'ampia gamma di questioni, a partire dai criteri che mirano a promuovere determinate caratteristiche economiche strutturali (ad esempio, la partecipazione delle PMI o l'apprendistato), oppure dai criteri che mirano all'integrazione di gruppi svantaggiati nel mercato del lavoro (ad esempio, l'impiego di disoccupati di lunga durata), fino a prevedere dei criteri che mirano a promuovere obiettivi sociali come la parità di genere.

Analizzando quindi le clausole sociali negli appalti dei vari *Länder*, si possono distinguere in totale cinque tipologie diverse.

Il primo tipo è la classica clausola del lavoro, come definita nella Convenzione 94 dell'OIL, in base alla quale le imprese sono obbligate, per l'esecuzione degli appalti pubblici, a fornire gli stessi salari, e talvolta anche altre condizioni di lavoro, stabiliti dai contratti collettivi.

Il secondo tipo è una clausola di lavoro speciale relativa al rispetto dei contratti collettivi per il settore dei trasporti pubblici, a cui non sarebbero applicabili i principi della sentenza Rüffert perché inquadrato in uno *status* giuridico speciale nel diritto dell'UE (TFUE, articoli 90-100).

Il terzo tipo di clausole sociali è costituito da disposizioni su salari minimi specifici per i lavoratori che eseguono appalti pubblici, diffuse a partire dal 2010; e il quarto tipo impone che le autorità pubbliche acquistino solo beni prodotti nel rispetto delle norme fondamentali del lavoro dell'OIL.

Infine, un quinto tipo di clausola sociale si riferisce a un'ampia gamma di altre questioni sociali, che possono includere la promozione

della formazione professionale, l'assunzione di disoccupati di lungo periodo o di lavoratori con disabilità, le misure volte a promuovere le pari opportunità di genere sul lavoro e a conciliare famiglia e lavoro, la parità di retribuzione per i lavoratori interinali²⁹.

Negli ultimi decenni l'uso delle clausole sociali è diventato sempre più diffuso nella legislazione tedesca sugli appalti pubblici, anche a seguito dell'adozione delle direttive UE sugli appalti del 2014, che hanno sostenuto l'idea di un uso più strategico degli appalti pubblici per promuovere uno sviluppo socialmente più sostenibile e più compatibile con le politiche di tutela ambientale.

Tuttavia, come anticipato, con la sentenza Ruffert la Corte di giustizia europea ha stabilito importanti restrizioni per quanto riguarda le classiche clausole di lavoro e i riferimenti ai contratti collettivi prevalenti, per cui l'introduzione di diverse tipologie di clausole sociali nella legislazione tedesca sugli appalti pubblici potrebbe essere interpretata anche come un tentativo di mitigare gli effetti di tale pronuncia.

Tra le clausole sociali, si può prendere a esempio la disposizione sulla parità di retribuzione, strutturata in maniera differente a seconda degli Stati federali, poiché alcuni di essi fanno riferimento alla parità salariale in generale, mentre altri la declinano in relazione ai lavoratori interinali, oppure alle differenze tra uomini e donne. In particolare, la clausola sociale sulla parità di retribuzione è prevista in otto normative tedesche sugli appalti pubblici subnazionali, come le discipline sugli appalti pubblici della Turingia (§ 10.3 *Thüringer Vergabegesetz*, ThürVgG), della Sassonia-Anhalt (§ 10.3 *Landesvergabegesetz Sachsen-Anhalt*, LVG LSA) e di Berlino

²⁹ Si veda T. Schulten, *Social clauses in German public procurement - towards a Post-Ruffert regime?*, in «Social clauses in the implementation of the 2014 public procurement directives», Confederation Syndicat European Trade Union, 2022.

(§ 1.8 *Berliner Ausschreibungs- und Vergabegesetz*, BerlAVG) che stabiliscono la parità di retribuzione come requisito generale nelle gare d'appalto pubbliche, mentre Amburgo (§ 3.3 *Hamburgisches Vergabegesetz*, HmbVgG), la Renania Settentrionale-Vestfalia (§ 4.5 *TVgG NRW*), il Saarland (§ 3.6 *Saarländisches Tariftreuegesetz*, STTG) e lo Schleswig-Holstein (§ 4.5 *Tariftreue- und Vergabegesetz Schleswig-Holstein*, TTG) prevedono disposizioni sulla parità di retribuzione solo per i lavoratori interinali. Diversamente, la Legge sul lavoro pubblico della Renania-Palatinato (LTTG), che oltre al salario minimo e al rispetto dei contratti collettivi non fornisce criteri specifici ma solo esempi di criteri sociali che possono essere utilizzati, menziona esplicitamente la parità di retribuzione tra uomini e donne come uno dei possibili criteri sociali (§1.3 LTTG)³⁰.

³⁰ Si veda K. Sarter, D. Sack, S. Fuchs, *Public Procurement as Social Policy? An introduction to social criteria in public procurement in Germany*, in «Report number: Working Paper No. 1 Working Paper Series 'Comparative Governance'Affiliation», University of Bielefeld, 2014.

3.

Le prospettive delle tutele sociali nei contratti pubblici tra PNRR e riforma del Codice dei contratti pubblici

3.1. La crisi economica e sociale e la risposta dell'UE

Il tema della sostenibilità sociale, già presente nelle direttive UE del 2014 sugli appalti e concessioni e nel D.lgs. 50/2016, ha assunto una rilevanza centrale nel dibattito europeo e nazionale a seguito dell'emergenza epidemiologica da Covid-19 che ha colpito il mondo a all'inizio del 2020. La grave crisi economica e sociale generata dall'emergenza epidemiologica ha infatti accentuato il divario sociale e aumentato le disuguaglianze sociali, territoriali, di genere e generazionali, portando a nuove riflessioni sul tema della inclusione sociale. Tra le fasce più colpite le persone fragili, che già prima dell'emergenza vivevano in situazioni di precarietà, i giovani e le donne.

L'Unione europea ha risposto alla crisi economica e sociale con l'adozione di un piano di ripresa costituito dal programma "Next Generation EU", un fondo speciale istituito dalla Commissione europea a maggio del 2020 per stimolare una ripresa sostenibile, inclusiva ed equa e rendere i Paesi europei più preparati alle sfide e alle opportunità della transizione ecologica e digitale.

Per beneficiare del sostegno finanziario del piano di ripresa europeo, gli Stati membri hanno presentato alla Commissione i propri piani di ripresa recanti le riforme e gli investimenti da attuare entro la fine del 2026, in coerenza con gli obiettivi del piano europeo.

Il Next Generation EU conferisce al settore degli appalti pubblici

un ruolo fondamentale per la ripresa economica e sociale poiché viene considerato strumento strategico per perseguire gli obiettivi di crescita economica e per combattere fenomeni di disuguaglianza e di esclusione sociale.

Uno dei cardini del piano di ripresa europeo è infatti il “Socially responsible public procurement” volto a promuovere criteri di equità per le categorie di lavoratori in condizioni di svantaggio sociale, con particolare attenzione alla parità di genere, attraverso la leva dell’appalto pubblico³¹. A conferma della centralità della funzione sociale dei contratti pubblici, la stessa Commissione europea ha presentato nel dicembre 2021 un piano di azione volto a contribuire al rafforzamento dell’economia sociale di mercato attraverso l’imprenditorialità sociale ed inclusiva, in coerenza con l’art. 3 del TUE³².

Tuttavia, il quadro normativo europeo non prevede specifici obblighi per le stazioni appaltanti di tenere in considerazione l’inclusione sociale nell’ambito degli appalti pubblici. In assenza di previsioni vincolanti all’interno delle direttive UE sugli appalti, l’applicazione delle misure del Socially responsible public procurement è quindi rimessa alla discrezionalità degli Stati membri nel rispetto dei principi affermati dalle direttive UE³³ e degli obiettivi del Next Generation EU³⁴.

³¹ Si veda C. Contessa, *La nuova governance del PNRR e gli interventi in tema di contratti pubblici*, in «Urbanistica e appalti», 2021, 6, 751.

³² Si veda il “Social economy action plan” presentato dalla Commissione il 9 dicembre 2021, definito dalla stessa «a milestone in recognising the social economy’s crucial role in building a sustainable, fair and inclusive post-Covid future». In relazione agli aspetti sociali, si veda anche la comunicazione della Commissione del 26 maggio 2021, relativa ad “Acquisti sociali - Una guida alla considerazione degli aspetti sociali negli appalti pubblici (seconda edizione)”.

³³ Si veda il considerando 37 della direttiva appalti n. 2014/24/CE, nonché l’art. 18, par. 1, Dir. n. 2014/24/CE, secondo cui «gli Stati membri adottano misure adeguate per garantire che gli operatori economici, nell’esecuzione di appalti pubblici, rispettino gli obblighi applicabili in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dal diritto dell’Unione, dal diritto nazionale, da contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro».

³⁴ Si veda B. Rabai, *Public Procurement e clausole sociali. Un nuovo equilibrio tra diritti sociali e ragioni del mercato*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2022, 2, 230.

3.2. La risposta dell'Italia e l'adozione del Piano nazionale di ripresa e resilienza

L'Italia, in risposta alla crisi economica e sociale e in coerenza con gli obiettivi europei del Next Generation EU, ha adottato il Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) che definisce gli obiettivi, le riforme e gli investimenti da realizzare con l'utilizzo dei fondi europei entro il 2026. Il PNRR è stato trasmesso alla Commissione europea il 30 aprile 2021 ed è stato approvato dal Consiglio europeo il 13 luglio 2021.

Il PNRR rappresenta parte di una più ampia e ambiziosa strategia di ammodernamento del Paese che mette a disposizione le risorse destinate all'Italia nell'ambito del programma Next Generation EU alle quali si aggiungono quelle del Piano nazionale per gli investimenti complementari (PNC).

Il PNRR si articola in sei missioni, che rappresentano le aree tematiche strutturali di intervento, e si sviluppa intorno a tre assi strategici condivisi a livello europeo: digitalizzazione e innovazione, transizione ecologica e inclusione sociale.

L'inclusione sociale è quindi un obiettivo trasversale a tutte le sei missioni del PNRR: infatti, oltre ad essere prevista nella Missione n. 5 "Inclusione e coesione", è perseguita con specifici interventi nel settore degli appalti pubblici nella Missione n.1, componente 1. All'interno proprio di quest'ultima, è inserita la riforma 1.10 rubricata "Riforma delle norme in materia di appalti pubblici e concessioni", volta a promuovere un processo di riforma del settore degli appalti pubblici e concessioni funzionale all'attuazione degli obiettivi del PNRR e a migliorare la competitività del Paese.

Il percorso di riforma in materia di contratti pubblici e concessioni si articola in tre fasi:

- nella prima, che si è completata nel 2021, sono state introdotte alcune previsioni urgenti volte a snellire e semplificare la disciplina

del settore degli appalti pubblici ed è stata definita la governance di monitoraggio del PNRR;

- nella seconda, che si è completata a giugno 2022, è stato approvato il disegno di legge delega di riforma del Codice dei contratti pubblici;
- nella terza, da realizzare entro giugno 2023, dovrà essere attuata la delega di riforma del Codice dei contratti pubblici³⁵.

3.3. Il decreto Governance PNRR e il rafforzamento delle tutele sociali

Nell'ambito della prima fase del processo di riforma del settore dei contratti pubblici è stato emanato il decreto legge 31 maggio 2021, n. 77, rubricato “Governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure”, convertito con modificazioni dalla legge n. 108 del 2021 (c.d. decreto Governance PNRR o decreto Semplificazioni-bis) che ha introdotto un primo novero di disposizioni finalizzate a rendere l'ordinamento amministrativo nazionale maggiormente idoneo alla realizzazione degli obiettivi del PNRR.

Il perseguimento delle finalità sociali è infatti riposto nell'art. 47 rubricato “Pari opportunità e inclusione lavorativa nei contratti pubblici, nel PNRR e nel PNC” che contiene disposizioni volte a favorire le pari opportunità di genere e generazionali e l'inclusione lavorativa delle persone con disabilità in relazione alle procedure afferenti la stipulazione di contratti pubblici finanziati in tutto o in parte con le risorse previste dal PNRR e dal PNC³⁶.

Sebbene alcuni obblighi normativi sulla promozione delle assunzioni

³⁵ Si veda M. Ferrante, C. Guccione, A. Serafini, *I contratti pubblici*, in «Giornale di diritto amministrativo», 2021, 6, 753.

³⁶ Si veda C. Contessa, *La nuova governance del PNRR e gli interventi in tema di contratti pubblici*, in «Urbanistica e appalti», 2021, 6, 751.

di personale disabile risalgano già al 1999 con la legge 68/1999 e, per la parità di genere, al 2006 con il D.lgs.198/2006, la loro effettiva incisività negli appalti pubblici è decorsa con l'entrata in vigore del D.L. 77/2021. L'art. 47 D.L. 77/2021 interviene con riferimento a tre categorie: le donne, i giovani e le persone con disabilità, con l'obiettivo di favorirne l'inclusione lavorativa e sociale.

Con decreto interministeriale del 7 dicembre 2021, sono state adottate le “Linee guida per i contratti pubblici finanziati con le risorse del PNRR e del PNC, volte a favorire le pari opportunità di genere e generazionali e l'inclusione lavorativa delle persone con disabilità”, per consentire l'applicazione operativa delle misure indicate all'art. 47 del suddetto decreto.

Le disposizioni dell'art. 47 D.L. 77/2021 si applicano sia alle concessioni sia agli appalti pubblici di importo superiore o inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria finanziati in tutto o in parte con le risorse previste dal PNRR e dal PNC³⁷.

Le disposizioni dell'art. 47 citato prevedono obblighi e adempimenti sia per i concorrenti sia per le stazioni appaltanti.

In particolare, all'art. 47, commi 2, 3 e 3-bis D.L. 77/2021 sono previsti a carico degli operatori economici specifici obblighi documentali quali:

- la redazione e produzione del rapporto sulla situazione del personale di cui all'articolo 46 del decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198 (articolo 47, comma 2, del D.L. 77/2021);
- la consegna della relazione di genere sulla situazione del personale maschile e femminile (articolo 47, comma 3, del D.L. 77/2021);
- la presentazione della certificazione e della relazione circa il rispetto delle norme che disciplinano il diritto al lavoro delle persone con disabilità, di cui all'articolo 17 della legge 12 marzo 1999, n. 68 (articolo 47, comma 3-bis, del D.L. 77/2021).

³⁷ Si veda S. Usai, *I nuovi oneri documentali negli appalti del Recovery Plan*, in «La Gazzetta degli Enti Locali», 18.1.2022.

Gli obblighi documentali previsti dai commi 2, 3 e 3-bis dell'art. 47 D.L. 77/2021 derivano direttamente dalla legge e si applicano anche in mancanza di espressa previsione nel bando di gara. Per esigenza di certezza dei rapporti giuridici e di tutela di affidamento degli operatori economici, è tuttavia opportuno che tali disposizioni siano espressamente indicate nella documentazione di gara e nel contratto di appalto³⁸.

All'art. 47, commi 4 e 5, D.L. 77/2021 è previsto invece per le stazioni appaltanti l'inserimento nella documentazione di gara di specifici requisiti di partecipazione e ulteriori requisiti premiali dell'offerta volti a promuovere l'inclusione sociale.

I requisiti necessari di partecipazione richiesti dall'art. 47 sono:

- l'aver assolto agli obblighi in materia di lavoro delle persone con disabilità;
- l'assunzione dell'obbligo di assicurare in caso di aggiudicazione del contratto, una quota pari almeno al 30% delle assunzioni giovanili e femminili (c.d. "clausola occupazionale").

3.3.1. Il rapporto sulla situazione del personale ex art. 47, comma 2, D.L. 77/2021

L'articolo 47, comma 2, D.L. 77/2021 introduce un nuovo obbligo documentale in fase di presentazione dell'offerta a carico dell'operatore economico con più di 50 dipendenti che partecipa alle procedure a evidenza pubblica finanziate in tutto o in parte con risorse previste dal PNRR o del PNC.

Nello specifico, gli operatori economici pubblici e privati che

³⁸ Si vedano le "Linee guida per i contratti pubblici finanziati con le risorse del PNRR e del PNC, volte a favorire le pari opportunità di genere e generazionali e l'inclusione lavorativa delle persone con disabilità" adottate con decreto interministeriale del 7 dicembre 2021 pubblicato in GU n. 309 del 30.12.2021.

occupano oltre 50 dipendenti hanno l'obbligo di consegnare, al momento della presentazione della domanda di partecipazione o dell'offerta, a pena di esclusione dalla gara:

- copia dell'ultimo rapporto sulla situazione del personale ai sensi dell'articolo 46 del decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198 ("Codice delle pari opportunità");
- attestazione della conformità del rapporto a quello già trasmesso alle rappresentanze sindacali aziendali e ai consiglieri regionali di parità.

Il rapporto sulla situazione del personale costituisce quindi un nuovo requisito generale che deve possedere l'operatore economico con più di 50 dipendenti in sede di presentazione dell'offerta³⁹.

Il rapporto di cui al comma 2 dell'art. 47 D.L. 77/2021 ha ad oggetto la situazione del personale maschile e femminile in ognuna delle professioni e in relazione allo stato delle assunzioni, della formazione, della promozione professionale, dei livelli, dei passaggi di categoria o di qualifica, di altri fenomeni di mobilità, dell'intervento della cassa integrazione guadagni, dei licenziamenti, dei prepensionamenti e pensionamenti, nonché della retribuzione effettivamente corrisposta.

Si tratta di un rapporto che le imprese con più di 50 dipendenti devono predisporre per via telematica sul sito internet istituzionale del ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali e trasmettere con cadenza biennale alle rappresentanze sindacali aziendali e ai consiglieri regionali di parità.

Qualora le imprese non abbiano trasmesso il rapporto nei termini previsti dall'art. 46 D.lgs. 198/2006 e intendono partecipare alla procedura a evidenza pubblica, in sede di presentazione della domanda di partecipazione o dell'offerta devono a pena di esclusione:

³⁹ Si veda S. Usai, *Obblighi e misure premiali negli appalti collegati al Recovery Plan*, in «La Gazzetta degli Enti Locali», 15.6.2021.

- predisporre e redigere il rapporto;
- trasmettere il rapporto alle rappresentanze sindacali aziendali e ai consiglieri regionali di parità;
- produrre alla stazione appaltante copia del rapporto assieme all'attestazione della avvenuta e contestuale trasmissione dello stesso alle rappresentanze sindacali aziendali e alla consigliera e al consigliere regionale di parità.

Nel caso di partecipazione alla gara in forma associata, l'obbligo di consegna del rapporto deve essere soddisfatto da tutti i soggetti del RTI, del consorzio e del Gruppo europeo di interesse economico.

L'obbligo di consegna del rapporto deve essere adempiuto anche dall'impresa ausiliaria e dal subappaltatore in quanto soggetti su cui la stazione appaltante deve verificare la sussistenza dei requisiti generali. Si ritiene ammesso il soccorso istruttorio laddove l'operatore economico abbia redatto e trasmesso il rapporto tramite la piattaforma del ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali ma non lo abbia prodotto alla stazione appaltante in sede di presentazione della domanda di partecipazione o dell'offerta. La stazione appaltante può infatti verificare che il rapporto sia stato correttamente inserito sulla piattaforma ministeriale in data antecedente a quella di presentazione della domanda di partecipazione o dell'offerta.

Non è invece ammesso il soccorso istruttorio nel caso di inserimento tardivo del rapporto sulla piattaforma ministeriale, in quanto successivo alla data di presentazione della domanda di partecipazione o dell'offerta. In tale caso, l'inserimento tardivo del rapporto equivale a mancata consegna del rapporto alla stazione appaltante e rappresenta quindi causa di esclusione dell'operatore economico⁴⁰.

⁴⁰ Si veda G. Barone, Francesca Tordi, P. Buonagura, *Appalti PNRR/PNC - Art. 47 del d.l. n. 77/2021 - Adempimenti partecipativi e contrattuali - Soccorso istruttorio - tra pari condicio e pari opportunità*, in «Appalti&Contratti», Maggioli, 2022.

Si evidenzia inoltre che la mancata produzione del rapporto sulla situazione del personale e delle relative attestazioni di trasmissione costituisce causa di esclusione dalla gara, ma non pregiudica la partecipazione dell'operatore economico a future procedure di affidamento.

3.3.2. La relazione di genere sulla situazione del personale maschile e femminile ex art. 47, comma 3, D.L. 77/2021

L'articolo 47, comma 3, D.L. 77/2021 introduce invece un nuovo obbligo documentale in fase di esecuzione del contratto a carico dell'operatore economico aggiudicatario dell'appalto finanziato dal PNRR e dal PNC, che abbia un numero di dipendenti pari o superiore a 15 e non superiore a 50.

Nello specifico, questi operatori economici hanno l'obbligo di consegnare alla stazione appaltante entro 6 mesi dalla conclusione del contratto la relazione di genere sulla situazione del personale maschile e femminile. Per conclusione del contratto si intende il momento della stipula del contratto⁴¹.

La relazione di genere riguarda la situazione del personale maschile e femminile in ognuna delle professioni e in relazione allo stato di assunzione, alla formazione, alla promozione professionale, ai livelli, ai passaggi di categoria o di qualifica, ad altri fenomeni di mobilità, all'intervento della cassa integrazione guadagni, ai licenziamenti, ai prepensionamenti e pensionamenti e alla retribuzione effettivamente corrisposta. La relazione deve essere trasmessa alle rappresentanze sindacali aziendali e alla consigliera e al consigliere regionale di parità. La trasmissione della relazione di genere costituisce un obbligo che deve essere adempiuto durante la fase esecutiva del contratto e non quindi

⁴¹ Si veda parere MIMS 22 febbraio 2022, n. 1203, "Chiarimenti in merito alla corretta applicazione dell'art. 47 del D.L. 77/2021 convertito L. 108/2021".

al momento della presentazione dell'offerta; pertanto, a differenza degli effetti derivanti dall'omissione prevista al comma 2 dell'art. 47 D.L. 77/2022, la mancata produzione della relazione di genere di cui al comma 3 non conduce all'esclusione dalla gara ma comporta:

- l'impossibilità per l'operatore economico di partecipare, in forma singola ovvero in raggruppamento temporaneo, per un periodo di 12 mesi, a ulteriori procedure di affidamento finanziate con risorse del PNRR e del PNC;
- l'applicazione delle penali ai sensi del comma 6 dell'art. 47 D.L. 77/2021 da commisurarsi in base alla gravità della violazione e proporzionali rispetto all'importo del contratto e alle prestazioni dello stesso⁴².

Le penali, in deroga all'articolo 113-bis del D.lgs. 50/2016, possono consistere in una sanzione giornaliera compresa tra lo 0,6 per mille e l'1 per mille dell'ammontare netto contrattuale e non possono comunque superare, complessivamente, il 20% dell'ammontare netto contrattuale⁴³.

3.3.3. La dichiarazione di regolarità sul diritto al lavoro delle persone con disabilità ex art. 47, comma 3-bis, D.L. 77/2021

L'art. 47, comma 3-bis, D.L. 77/2021 introduce un ulteriore obbligo documentale in fase di esecuzione del contratto a carico dell'operatore economico aggiudicatario dell'appalto finanziato dal PNRR o del PNC che abbia un numero di dipendenti pari o superiore a 15 e non superiore a 50.

Nello specifico, questi operatori economici entro 6 mesi dalla

⁴² Si veda A. Massari, *Le linee guida per l'applicazione della clausola di pari opportunità, ricambio generazionale e inclusione dei disabili negli appalti PNRR - PNC*, in «Appalti&Contratti», Maggioli Editore, 2022.

⁴³ Si veda S. Usai, *Obblighi e misure premiali negli appalti collegati al Recovery Plan*, in «La Gazzetta degli Enti Locali», 15.6.2021.

conclusione del contratto, hanno l'obbligo di consegnare alla stazione appaltante:

- una dichiarazione del legale rappresentante che attesti di essere in regola con le norme che disciplinano il diritto al lavoro delle persone con disabilità;
- una relazione che chiarisca l'avvenuto assolvimento degli obblighi previsti a carico delle imprese dalla legge 12 marzo 1999, n. 68, e illustri eventuali sanzioni e provvedimenti imposti a carico delle imprese nel triennio precedente la data di scadenza della presentazione delle offerte. Tale relazione deve essere trasmessa anche alle rappresentanze sindacali aziendali.

Tale obbligo documentale si aggiunge a quello già previsto a pena di esclusione dalla gara dall'art. 80, comma 5, lett. i) del D.lgs. 50/2016 che prevede l'obbligo per l'operatore economico di presentare in sede di partecipazione alla gara la certificazione sui disabili di cui all'articolo 17 della legge 12 marzo 1999, n. 68.

È importante sottolineare che la mancata produzione della dichiarazione e della relazione di cui al comma 3-bis dell'art. 47 D.L. 77/2021 entro 6 mesi dalla stipula del contratto determina l'applicazione delle penali di cui al comma 6 dell'art. 47 D.L. 77/2021, ma non anche l'interdizione temporanea dalle gare come invece previsto nel caso di mancata consegna della relazione di genere di cui al comma 3⁴⁴.

3.3.4. Clausole contrattuali e misure premiali ex art. 47, commi 4 e 5, D.L. 77/2021

Le stazioni appaltanti, ai sensi di quanto previsto all'art. 47 D.L.

⁴⁴ Si veda G. Barone, Francesca Tordi, P. Buonagura, *Appalti PNRR/PNC - Art. 47 del d.l. n. 77/2021 - Adempimenti partecipativi e contrattuali - Soccorso istruttorio - tra pari condicio e pari opportunità*, in «Appalti&Contratti», Maggioli Editore, 2022

77/2021, commi 4 e 5, sono tenute a inserire nella documentazione di gara requisiti di partecipazione e ulteriori requisiti premiali dell'offerta volti a promuovere l'inclusione lavorativa delle persone con disabilità e l'assunzione di giovani e donne.

I requisiti di partecipazione dell'offerta sono:

- l'aver assolto al momento della presentazione dell'offerta agli obblighi in materia di lavoro delle persone con disabilità di cui alla legge 12 marzo 1999, n. 68;
- l'essersi assunto l'obbligo di assicurare, in caso di aggiudicazione del contratto, una quota pari almeno al 30% delle assunzioni necessarie per l'esecuzione del contratto o per la realizzazione di attività a esso connesse o strumentali sia all'occupazione giovanile sia all'occupazione femminile (clausola occupazionale).

Per l'applicazione della clausola occupazionale devono essere rispettati i seguenti criteri:

- la quota pari almeno al 30% delle assunzioni deve essere assicurata per entrambe le categorie dei giovani e delle donne;
- per il calcolo della percentuale del 30% si deve far riferimento al numero complessivo di nuove assunzioni mediante contratti di lavoro subordinato da impiegare lungo l'arco temporale di esecuzione dell'appalto;
- la quota del 30% deve riguardare le assunzioni necessarie per l'esecuzione del contratto o per la realizzazione di attività a esso connesse o strumentali; ci deve quindi essere un nesso funzionale tra l'esecuzione del contratto e le assunzioni⁴⁵;
- l'obbligo di assunzione del 30% deve essere delimitato all'interno

⁴⁵ Si vedano le “Linee guida per i contratti pubblici finanziati con le risorse del PNRR e del PNC, volte a favorire le pari opportunità di genere e generazionali e l'inclusione lavorativa delle persone con disabilità” adottate con decreto interministeriale del 7 dicembre 2021 pubblicato in GU n. 309 del 30.12.2021.

del contratto aggiudicato ed è riferibile anche alle prestazioni che vengono eseguite tramite subappalto o avvalimento.

Sono previste due tipologie di deroga all'inserimento della clausola occupazionale: l'eliminazione della clausola occupazionale tra i requisiti di partecipazione o la riduzione della quota del 30% della clausola occupazionale.

Tali deroghe rappresentano una facoltà rimessa alle stazioni appaltanti e possono essere applicate quando l'oggetto del contratto, la tipologia o la natura del progetto o altri elementi puntualmente indicati dalla stazione appaltante rendano l'inserimento della clausola occupazionale impossibile o contrastante con obiettivi di universalità e socialità di efficienza, di economicità e di qualità del servizio nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche.

A titolo esemplificativo e non esaustivo, la deroga alla clausola occupazionale può essere applicata per gli affidamenti diretti di modico valore, per procedure che prevedano un numero di assunzioni inferiori a 3 unità di personale o per affidamenti caratterizzati da ragioni di urgenza. Ad ogni modo, per l'applicazione delle deroghe è richiesto un onere motivazionale particolarmente stringente che le stazioni appaltanti sono tenute a esternare nella determina a contrarre o in un atto immediatamente esecutivo della determina stessa⁴⁶.

Importante è sottolineare il rapporto tra la clausola sociale e la clausola occupazionale negli appalti di servizi relativi a contratti ad alta intensità di manodopera; in tale tipologia di contratti la deroga alla clausola occupazionale può essere applicata solamente nel caso in cui venga inserita nell'appalto la clausola sociale riassorbimento del personale. La mancata applicazione della clausola occupazionale trova infatti adeguata motivazione nell'obiettivo di garantire stabilità occupazionale

⁴⁶ Si veda parere MIMS 22 febbraio 2022, n. 1203, "Chiarimenti in merito alla corretta applicazione dell'art. 47 del D.L. 77/2021 convertito L. 108/2021".

degli addetti che escono da una precedente fornitura⁴⁷.

In caso di attivazione delle deroghe alla clausola occupazionale, le stazioni appaltanti possono rafforzare nei bandi di gara ulteriori misure premiali al fine di promuovere l'inclusione lavorativa dei disabili, giovani e donne, quali:

- non risultare destinatario di accertamenti relativi ad atti o comportamenti discriminatori nei 3 anni precedenti la data di scadenza del termine di presentazione delle offerte;
- utilizzare strumenti di conciliazione vita-lavoro;
- impegnarsi ad assumere donne e giovani oltre la soglia del 30% prevista come requisito di partecipazione;
- aver rispettato nell'ultimo triennio gli obblighi in materia di lavoro delle persone con disabilità e aver adottato specifiche misure per promuovere le pari opportunità generazionali e di genere.

3.3.5. Monitoraggio dell'applicazione delle clausole di cui all'art. 47 D.L. 77/2021

Al fine di monitorare l'inserimento da parte delle stazioni appaltanti dei requisiti di partecipazione e dei criteri premiali per le pari opportunità generazionali e di genere e per l'inclusione lavorativa delle persone con disabilità di cui all'articolo 47 D.L. 77/2021, sono stati previsti specifici obblighi di comunicazione a carico delle stazioni appaltanti. In primo luogo, sul profilo del committente, nella sezione "Amministrazione trasparente", le stazioni appaltanti devono pubblicare ai sensi dell'articolo 29 del D.lgs. 50/2016:

- il rapporto sulla situazione del personale, di cui all'articolo 46 del

⁴⁷ Si vedano le "Linee guida per i contratti pubblici finanziati con le risorse del PNRR e del PNC, volte a favorire le pari opportunità di genere e generazionali e l'inclusione lavorativa delle persone con disabilità" adottate con decreto interministeriale del 7 dicembre 2021 pubblicato in GU n. 309 del 30.12.2021.

- decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198 (art. 47, comma 2);
- la relazione di genere sulla situazione del personale maschile femminile (art. 47, comma 3);
 - la dichiarazione circa il rispetto delle norme che disciplinano il diritto al lavoro delle persone con disabilità, di cui all'articolo 17 della legge 12 marzo 1999, n. 68 (art. 47, comma 3-bis).

In secondo luogo, le stazioni appaltanti devono fornire alla Banca dati nazionale dei contratti pubblici le informazioni definite dall'ANAC con delibera del 16 marzo 2022; nello specifico, le stazioni appaltanti, in sede di acquisizione del CIG tramite il sistema SIMOG, sono tenute a comunicare all'ANAC i dati relativi all'inserimento nel bando di gara della clausola occupazionale del 30% di cui al comma 4 del D.L. 77/2021 o delle sue eventuali deroghe nonché l'adozione di ulteriori misure premiali di cui al comma 5 del D.L. 77/2021.

Inoltre, le stazioni appaltanti, in caso di inadempimento da parte dell'appaltatore degli obblighi di cui ai commi 2, 3 e 3, bis del D.L. 77/2021, devono comunicare all'ANAC i casi di esclusione dalla procedura di gara, nonché i casi di applicazioni della misura interdittiva temporanea e delle penali. Tali dati saranno inseriti dall'ANAC nel casellario informatico dei contratti pubblici.

La mancata o ritardata segnalazione, da parte della stazione appaltante, entro 30 giorni dal verificarsi dell'inadempimento da parte dell'appaltatore comporta l'avvio di un procedimento sanzionatorio nei confronti del responsabile del procedimento della stazione appaltante⁴⁸.

⁴⁸ Si veda delibera ANAC numero 122 del 16 marzo 2022, "Individuazione dei dati e delle informazioni che le stazioni appaltanti e gli enti aggiudicatori devono fornire alla Banca dati nazionale dei contratti pubblici al fine di monitorare l'adozione dei requisiti e dei criteri premiali per le pari opportunità generazionali e di genere, nonché per l'inclusione lavorativa delle persone con disabilità, di cui all'articolo 47 decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 luglio 2021, n. 108, in relazione ai contratti finanziati con le risorse del PNRR e del PNC".

3.4. Ulteriori misure urgenti per l'attuazione del PNRR, D.L. 36/2022

Ulteriori misure urgenti per l'attuazione del PNRR volte a favorire l'inclusione sociale sono state adottate con il decreto-legge n. 36 del 30 aprile 2022, convertito con modificazioni in legge 29 giugno 2022, n. 79. Nello specifico l'articolo 34 del D.L. 36/2022 reca alcune puntuali modifiche al D.lgs. 50/2016 al fine di armonizzare la disciplina contenuta nel D.lgs 50/2016 all'introduzione del sistema della certificazione della parità di genere, conferendo allo stesso effettività, in coerenza con gli obiettivi del PNRR.

In particolare viene modificato il comma 7 dell'art. 93 D.lgs. 50/2016 concernente le garanzie per la partecipazione alle procedure di gara, inserendo quale ulteriore ipotesi di riduzione della "garanzia provvisoria" il possesso della certificazione della parità di genere di cui all'art. 46-bis del D.lgs. 198/2006.

Pertanto nei contratti relativi a servizi e forniture è ora riconosciuta la riduzione del 30% della garanzia provvisoria agli operatori economici in possesso di tale certificazione della parità di genere. Si evidenzia che le riduzioni di cui all'art. 93, comma 7, D.lgs. 50/2016 si applicano anche alla garanzia definitiva di cui all'art. 103 D.lgs. 50/2016.

Inoltre viene modificato il comma 13 dell'art. 95 del D.lgs. 50/2016 sui criteri di aggiudicazione degli appalti: ora tra i criteri premiali che prevedono un maggior punteggio in sede di valutazione delle offerte rientra anche la certificazione della parità di genere acquisita dall'operatore economico.

Preme sottolineare che i benefici introdotti dall'art. 34 D.L. 36/22 derivanti dalla certificazione di parità di genere operano per tutti gli appalti e non solo per quelli finanziati dal PNRR e PNC⁴⁹.

⁴⁹ Si veda A. Massari, *La conversione del DL 36/2022 (c.d. decreto PNRR -bis): nuovi limiti ai compensi per i componenti del CCT e benefici per il possesso della certificazione della parità di genere*, in «Appalti&Contratti», Maggioli Editore, 2022.

3.5. La legge delega 78/2022 e l'avvio della riforma dei contratti pubblici

Con l'adozione della legge 21 giugno 2022, n. 78 recante "Delega al Governo in materia di contratti pubblici" è stato dato avvio alla seconda fase del processo di riforma del settore dei contratti pubblici (riforma 1.10) prevista dal PNRR nella Missione 1, Componente 1.

La legge delega si pone l'obiettivo di adeguare la disciplina dei contratti pubblici a quella del diritto europeo e ai principi espressi dalla giurisprudenza nazionale e comunitaria e di razionalizzare e semplificare la disciplina vigente in materia di contratti pubblici.

La delega prevede l'adozione di uno o più decreti legislativi entro 6 mesi dalla data di entrata in vigore della legge delega, ovverosia entro marzo 2023. Nell'attuazione della delega il legislatore dovrà attenersi ai principi e criteri direttivi indicati all'art. 1 della delega stessa⁵⁰.

Tra questi, particolare attenzione è stata rivolta alla tutela del lavoro e alle politiche inclusive dei soggetti svantaggiati.

Difatti, coerentemente con l'obiettivo dell'inclusione sociale indicato nel PNRR, la legge delega prevede all'art. 1 lettera h) quali criteri direttivi, da un lato, la facoltà per le stazioni appaltanti di riservare il diritto di partecipazione alle gare agli operatori economici il cui scopo principale sia l'integrazione sociale e professionale delle persone con disabilità o svantaggiate; dall'altro, tenuto conto della tipologia di intervento e in particolare ove l'intervento riguardi i beni culturali, l'obbligo per le stazioni appaltanti di inserire in bandi di gara, avvisi e inviti delle specifiche clausole sociali volte a:

- garantire la stabilità occupazionale del personale impiegato;
- garantire l'applicazione dei contratti collettivi nazionali e territoriali di settore e le stesse tutele economiche e normative per

⁵⁰ Si veda *La legge delega in materia di contratti pubblici: i principi e le novità più rilevanti*, Itaca, Ce.Mu. e Centro Studi Filcams CGIL.

i lavoratori in subappalto rispetto ai dipendenti dell'appaltatore al fine di contrastare il lavoro irregolare;

- promuovere meccanismi e strumenti anche di premialità per realizzare le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate.

È importante evidenziare che nell'ambito della tutela del lavoro coesistono quindi due diverse logiche sociali, da una parte quella della stabilità occupazionale garantita dalla clausola sociale di cui all'art. 50 del D.lgs. 50/2016, e dall'altra quella della clausola occupazionale e del ricambio generazionale prevista dall'art. 47 del D.L. 77/2021.

È compito della stazione appaltante, nella predisposizione della documentazione di gara, risolvere la dialettica tra queste due logiche, valutando e motivando, caso per caso, i valori etico-sociali a cui accordare maggiore protezione⁵¹.

Difatti è possibile non applicare la clausola occupazionale di cui all'art. 47, comma 4, D.L. 77/2021 nel caso in cui venga applicata la clausola sociale di cui all'art. 50 del D.lgs. 50/2016.

Gli ulteriori criteri direttivi più rilevanti individuati dalla legge delega sono:

- rispetto del divieto di gold plating, ovvero sia la necessità di assicurare una stretta aderenza alle direttive europee, mediante l'introduzione o il mantenimento di livelli di regolazione corrispondenti a quelli minimi richiesti dalle direttive stesse;
- nuova definizione della disciplina sulla qualificazione delle stazioni appaltanti al fine di conseguire una loro riduzione numerica anche attraverso procedure di accorpamento e di riorganizzazione delle stesse. Al riguardo si segnala che con

⁵¹ A. Massari, *La legge delega n. 78/2022 e l'avvio della riforma dei contratti pubblici*, in «Appalti&Contratti», Maggioli Editore, 2022.

delibera ANAC del 28 settembre 2022 sono state adottate le Linee guida sulla qualificazione delle stazioni appaltanti ai sensi dell'art. 38 del D.lgs. 50/2016;

- semplificazione della disciplina dei contratti pubblici con importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria. Viene espressamente previsto il divieto per le stazioni appaltanti di utilizzare ai fini della selezione degli operatori da invitare alle procedure negoziate, il sorteggio o altro metodo di estrazione casuale dei nominativi, se non in presenza di situazioni particolari e specificamente motivate;
- semplificazione delle procedure finalizzate alla realizzazione di investimenti di tecnologie verdi e digitali al fine di perseguire gli obiettivi dell'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile nonché delle procedure volte alla realizzazione di investimenti in innovazione sociale. Saranno poi definiti i criteri ambientali minimi da rispettare, obbligatoriamente differenziati per tipologie e importi di appalto;
- obbligatorietà della revisione dei prezzi al verificarsi di particolari condizioni di natura oggettiva non prevedibili al momento della formulazione dell'offerta, compresa la variazione del costo derivante dal rinnovo dei CCNL nazionali sottoscritti dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, applicabili in relazione all'oggetto dell'appalto e delle prestazioni da eseguire anche in maniera prevalente;
- ridefinizione della disciplina delle varianti in corso d'opera nei limiti previsti dall'ordinamento europeo in relazione alle possibilità di modifica dei contratti durante la fase esecutiva;
- revisione delle competenze dell'ANAC in un'ottica di rafforzamento delle funzioni di vigilanza del settore dei contratti pubblici e di supporto alle stazioni appaltanti;
- *favor participationis* per le micro e piccole imprese mediante l'adozione di criteri premiali e la suddivisione degli appalti in lotti

- sulla base di criteri qualitativi e quantitativi;
- divieto di prestazione gratuita delle attività professionali salvo che in casi eccezionali e previa adeguata motivazione⁵².

3.6. *Il D.lgs. 36/2023 recante il nuovo Codice dei contratti pubblici*

Con l'entrata in vigore il primo aprile 2023 del D.lgs. 31 marzo 2023 n. 36, recante il nuovo Codice dei contratti pubblici in attuazione della legge delega n. 78/2022, è stato dato avvio alla terza fase del processo di riforma del settore dei contratti pubblici prevista dal PNRR nella Missione 1, Componente 1.

Le disposizioni del nuovo Codice saranno applicabili a decorrere dal primo luglio 2023. Per avvisi o bandi già pubblicati prima del primo luglio 2023 si continuano ad applicare le norme procedurali di cui al D.lgs. 50/2016. È stato inoltre definito un periodo transitorio, fino al 31 dicembre 2023, che prevede l'estensione della vigenza di alcune disposizioni del D.lgs. 50/2016 e dei decreti Semplificazioni (D.L. 76/2020) e Semplificazioni-bis (D.L. 77/2021). Si tratta di alcune disposizioni in materia di pubblicità, programmazione, digitalizzazione, accesso agli atti, subappalto e verifica dei requisiti. La formulazione del nuovo Codice dei contratti pubblici è stata affidata a una commissione speciale istituita presso il Consiglio di Stato.

Il nuovo Codice si compone di 5 libri e contiene complessivamente 229 articoli, nonché 36 allegati.

Di portata innovativa, anche sul piano culturale, i principi generali fissati nei primi articoli, che costituiscono i criteri interpretativi del nuovo Codice.

La codificazione dei principi risponde alla finalità di disciplinare

⁵² Si veda *Le tutele sociali nel sistema degli appalti pubblici*, nota congiunta Fillea CGIL - Filcams CGIL per il Gruppo di studio Astrid, 30.08.2022.

valori e criteri di valutazione immanenti nell'ordinamento giuridico garantendo la tutela di interessi che altrimenti non troverebbero adeguata sistemazione nelle singole disposizioni⁵³.

In particolare, il principio del risultato (art. 1) è destinato a operare sia come criterio prioritario di bilanciamento con altri principi nell'individuazione della regola del caso concreto, sia, insieme con quello della fiducia nell'azione amministrativa (art. 2), come criterio interpretativo delle singole disposizioni.

Di particolare rilievo anche l'applicazione dei contratti collettivi nazionali di settore che è stata elevata a principio generale dell'intero Codice.

Attraverso la codificazione dei principi, il nuovo Codice mira pertanto a favorire una più ampia libertà di iniziativa e di autoresponsabilità delle stazioni appaltanti, valorizzando autonomia e discrezionalità amministrativa e tecnica in un settore in cui spesso la presenza di una disciplina rigida e dettagliata ha creato incertezze, ritardi e inefficienze⁵⁴.

L'obiettivo della riforma è infatti quello di razionalizzare, riordinare e semplificare la disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture.

Il nuovo Codice, in attuazione dei principi della legge delega, si dipana su quattro direttrici principali:

- la semplificazione, ottenuta aumentando la discrezionalità delle amministrazioni e rimuovendo il gold plating;
- l'accelerazione, intesa come massima velocizzazione delle procedure, garantendo al tempo stesso certezza nei tempi di affidamento, esecuzione e pagamenti alle imprese;
- la digitalizzazione completa delle procedure e la interoperabilità delle piattaforme, secondo il principio dell'once-only, ossia

⁵³ Relazione illustrativa del Consiglio di Stato su schema Codice dei contratti pubblici.

⁵⁴ Dossier XIX Legislatura, Codice dei Contratti pubblici A.G. 19.

dell'unicità dell'invio di dati, documenti e informazioni alle stazioni appaltanti;

- la tutela, dando piena attuazione alla delega a protezione dei lavoratori, tramite clausole sociali, valorizzazione dei CCNL, e delle imprese, in tema di rinegoziazione e revisione prezzi o di suddivisione in lotti.

Si segnala, con riferimento all'istituto della qualificazione delle stazioni appaltanti, che il nuovo Codice prevede che ANAC gestirà il sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza, anche solo per l'acquisizione di lavori oppure di servizi e forniture, con iscrizione di diritto nell'elenco di alcune tipologie di amministrazioni ed enti. È prevista la qualificazione per procedure di importo superiore alle soglie per l'affidamento diretto di forniture e servizi (140.000 euro) e per importi superiori a 500.000 euro per l'affidamento di lavori. Quindi al di sotto di questi importi le stazioni appaltanti restano libere di approvvigionarsi anche senza qualificazione.

Il sistema di qualificazione entrerà in vigore il primo gennaio 2024.

Da ultimo, si evidenzia che sono state recepite le modalità di affidamento dei contratti sotto soglia (Art. 50) introdotte dal D.L. Semplificazioni 76/2020 per accelerare e semplificare le procedure post emergenziali. Di seguito una sintesi per tipologia contrattuale. Per quanto riguarda i lavori pubblici:

- affidamento diretto per importo inferiore a 150.000 euro, anche senza consultazione di più operatori economici, assicurando che siano scelti soggetti in possesso di documentate esperienze pregresse idonee all'esecuzione delle prestazioni contrattuali anche individuati tra gli iscritti in elenchi o albi istituiti dalla stazione appaltante;
- procedura negoziata senza bando, previa consultazione di almeno

5 operatori economici, ove esistenti, individuati in base a indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, per importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 1 milione di euro;

- procedura negoziata senza bando, previa consultazione di almeno 10 operatori economici, ove esistenti, individuati in base a indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, per importo pari o superiore a 1 milione di euro e fino alle soglie di rilevanza comunitaria, salva la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie previa adeguata motivazione.

In merito a servizi e forniture:

- affidamento diretto per importo inferiore a 140.000 euro, anche senza consultazione di più operatori economici, assicurando che siano scelti soggetti in possesso di documentate esperienze pregresse idonee all'esecuzione delle prestazioni contrattuali, anche individuati tra gli iscritti in elenchi o albi istituiti dalla stazione appaltante;
- procedura negoziata senza bando, previa consultazione di almeno 5 operatori economici, ove esistenti, individuati in base ad indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, per importo pari o superiore a 140.000 euro e fino alle soglie di rilevanza comunitaria (attualmente 215.000 euro).

Apposita disposizione è dedicata al principio di rotazione in continuità con le Linee guida ANAC (art. 49).

