



14 GIUGNO 2023

Tutela del lavoratore e buon
andamento della P.A. secondo il nuovo
codice dei contratti pubblici

di Ambrogio De Siano

Professore ordinario di Diritto amministrativo
Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli"



Tutela del lavoratore e buon andamento della P.A. secondo il nuovo codice dei contratti pubblici*

di Ambrogio De Siano

Professore ordinario di Diritto amministrativo
Università degli Studi della Campania “Luigi Vanvitelli”

Abstract [It]: Il nuovo codice dei contratti pubblici (d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36) è caratterizzato (rispetto alle sue precedenti versioni) dalla iniziale tipizzazione di dodici «principi generali», tra cui si annovera, all’art. 11, il «Principio di applicazione dei contratti collettivi nazionali di settore. Inadempienze contributive e ritardo nei pagamenti». Lo studio è dedicato a quest’ultimo, il quale si presenta fortemente interrelato con il principio del risultato e, più in generale, con quello di buon andamento della P.A.

Title: Worker protection and good performance of public administration under the new public contracts code

Abstract [En]: The new public procurement code (legislative decree march 31st 2023, n. 36) is characterized (compared to its previous versions) by the initial provision of twelve “general principles”, including, at art. 11, the «Principle of application of national sectoral collective agreements. Failure to comply with contributions and late payments». The study is dedicated to this provision, which is strongly interrelated with the Principle of the result and, more generally, with the Principle of good performance of the P.A.

Parole chiave: clausole sociali, codice contratti pubblici, buon andamento, concorrenza, iniziativa economica privata.

Key words: social clauses, public procurement code, good performance, competition, private economic initiative.

Sommario: **1.** Premessa: le (possibili) ragioni giuridiche di un nuovo codice dei contratti pubblici. **2.** Per chiarire il lessico: le diverse tipologie di clausole sociali. **3.** Le clausole sociali di equo trattamento nella previgente disciplina sui contratti pubblici. **4.** Le clausole sociali di equo trattamento secondo il nuovo codice: l’applicazione dei contratti collettivi nazionali di settore elevata al rango di principio. **5.** Sulla legittimità costituzionale dell’art. 11 del nuovo codice. **6.** Segue: sulla compatibilità dell’art. 11 con il diritto dell’UE. **7.** L’intervento sostitutivo della P.A. committente in sede di esecuzione del contratto nell’ottica dell’effettività della tutela del lavoratore e del risultato amministrativo. **8.** Tutela del lavoratore, risultato amministrativo e buon andamento della P.A.

1. Premessa: le (possibili) ragioni giuridiche di un nuovo codice dei contratti pubblici

Non è facile comprendere il motivo per il quale il legislatore italiano continui imperterritito a modificare la regolazione delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici.

Pare difficilmente contestabile, infatti, che l’avvicinarsi di tre diversi codici in poco più di tre lustri – peraltro soggetti, nel corso della loro vigenza, a interventi manutentivi piuttosto incisivi – abbia non poco contribuito a compromettere la competitività del Paese, essendosi venuto a creare un ambiente giuridico

* Articolo sottoposto a referaggio. Il presente saggio è maturato nell’ambito di una ricerca, coordinata dal prof. M.R. Spasiano, sui principi del nuovo codice dei contratti pubblici ed è destinato, in una versione con titolo e contenuti in parte diversi, alla pubblicazione nel relativo libro.

fortemente inadeguato per ammodernarlo (in particolare) tramite lo sfruttamento dei fondi provenienti dall'UE.

Una giustificazione possibile dell'avvertita necessità di rinnovare per l'ennesima volta la disciplina codicistica è la riconsiderazione dell'impianto culturale di fondo, alla luce del quale l'intera trama normativa prende forma.

Una riconsiderazione che pare intravedersi nel (così giustificando il) nuovo testo, analizzando il quale si percepisce soprattutto un ripensamento del principio di concorrenza¹, il cui ruolo ha fortemente influenzato la formazione e la interpretazione della disciplina contemporanea dei contratti pubblici².

Invero, nel codice di recente entrato in vigore esso sembra aver trovato una diversa considerazione, dimensionata per difetto rispetto alle precedenti versioni, nelle quali la concorrenza (anche sulla scorta dell'enfasi conferitale da parte della dottrina e dalla giurisprudenza) sembrava avere assunto il ruolo di obiettivo cui la (complicata) legislazione nazionale era fundamentalmente rivolta.

Non sono pochi gli elementi sintomatici inducibili dal nuovo articolato normativo che militano in tal senso, a cominciare dai principi che ne costituiscono la parte introduttiva.

Negli undici articoli iniziali, i quali contengono il paradigma interpretativo dell'intero atto normativo³, sorprende che non ci sia una disposizione dedicata al principio di concorrenza.

A quest'ultimo pare assegnato un ruolo sussidiario, come dimostra l'art. 1, occupato essenzialmente dal «principio del risultato»⁴, il quale si risolve nella tempestività e nella congruità – frutto della individuazione del migliore rapporto possibile tra qualità⁵ e prezzo – dell'affidamento, prima, e della esecuzione, poi⁶.

¹ Il principio è – come noto – stato oggetto di una riflessione dottrinale e giurisprudenziale (italiana ed europea) numericamente densissima. Ci si limita, quindi, a rinviare al recente contributo di M. RAMAJOLI, *Concorrenza (tutela della)*, in *Enc. dir., Funzioni amministrative*, Giuffrè, Milano, 2022, pp. 292 ss., anche per l'ampia nota bibliografica.

² Sul principio di concorrenza nella disciplina dei contratti pubblici, *ex multis*, M. CLARICH, *Contratti pubblici e concorrenza*, in AA.VV., *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, atti LXI convegno Varenna, Giuffrè, Milano, 2016, pp. 263 ss.; R. CAVALLO PERIN, G.M. RACCA, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2010, pp. 325 ss.; M. D'ALBERTI, *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2008, pp. 297 ss.

³ Benché tutti recanti la qualifica di principi, quelli enunciati nei primi tre articoli assumono una valenza particolare: l'art. 4 li individua espressamente come «criterio interpretativo e applicativo» delle disposizioni del codice.

⁴ Tra i primi commenti F. CINTIOLI, *Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, www.giustizia-amministrativa.it, 2023.

⁵ Sulla rilevanza della qualità dell'affidamento, la quale non può essere sacrificata, neppure nella urgenza di utilizzare i fondi PNRR, sull'altare della mera accelerazione e semplificazione della procedura, si v. le considerazioni di M.A. SANDULLI, *Riflessioni sullo Schema del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *l'Amministrativista*, 2023.

⁶ Nella norma in esame si avverte l'eco delle discussioni sul tema dell'amministrazione di risultato – del resto, nella Relazione illustrativa si ammette che il principio del risultato «rappresenta una derivazione “evolutive” della c.d. amministrazione del risultato –, che è stato al centro di un corposo dibattito svoltosi tra la seconda metà degli anni '90 dello scorso secolo e i primi anni del nuovo millennio: in quella stagione, al fine di contrastare la scarsa efficienza dell'azione amministrativa, si tentò di coniugare legalità e buon andamento. Accanto alla cospicua produzione della dottrina – tra gli altri M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Giappichelli, Torino, 2003; M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, Giappichelli, Torino, 2004; L. IANNOTTA, *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative (l'arte di amministrare)*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, pp.

La concorrenza, insieme ai principi di legalità e trasparenza, resta sullo sfondo⁷, a segnalare, all'interno del complesso sistema degli appalti pubblici, la priorità del risultato⁸. Priorità che risalta ulteriormente nel co. 4, secondo il quale «Il principio del risultato costituisce criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto».

Restituisce la medesima impressione di riconsiderazione la sua espressa previsione nel co. 2: il legislatore si limita a definirne la teleologia, prevedendo che la «concorrenza tra gli operatori economici è funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti». Una concorrenza, dunque, che viene ricondotta nei limiti della strumentalità rispetto all'interesse alla cui realizzazione è essenzialmente rivolta la disciplina riguardante i contratti pubblici: essa, dunque, funge da dispositivo giuridico per soddisfare al meglio possibile le esigenze particolari della P.A. committente.

Per il vero, badando ai restanti principi codificati nel nuovo testo normativo potrebbe ricavarsi la convinzione che la suddetta riconsiderazione alla fine non abbia intaccato il primato della concorrenza. Convinzione che affonda le radici segnatamente negli artt. 3 e 10, nei quali il principio di concorrenza pare presentarsi non come 'servente' il risultato, bensì come interesse pubblico da perseguire.

Nel primo, la concorrenza costituisce l'obiettivo cui è vocato il «principio di accesso al mercato»: «Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti favoriscono [...] l'accesso al mercato degli operatori economici nel rispetto dei principi di concorrenza, di imparzialità, di non discriminazione, di pubblicità e trasparenza, di proporzionalità».

Nel secondo, dedicato ai «Principi di tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione», sempre nell'ottica della più ampia apertura al mercato, si prevede che «le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono introdurre requisiti speciali, di carattere economico-finanziario e tecnico-

1 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Sulla formula «amministrazione per risultati»*, in AA.VV., *Scritti in onore di Elio Casetta*, Jovene, Napoli, 2001, pp. 813 ss.; ID., *Analisi economica del diritto e "amministrazione di risultato"*, in AA.VV., *Analisi economica e diritto amministrativo*, Annuario 2006 dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 233 ss. –, la quale non è stata certo esente da critiche soprattutto per qualche oscurità concettuale che la caratterizzava, non è mancato qualche intervento legislativo ispirato evidentemente alla teorica del risultato amministrativo: si pensi all'art. 21 *octies*, co. 2, l. n. 241/1990. L'interesse degli studiosi per il risultato amministrativo risulta ancora vivo, con riflessioni *ex professo* dedicate (M.R. SPASIANO, *Nuove riflessioni in tema di amministrazione di risultato*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, pp. 4845 ss.) oppure riguardanti un principio teleologicamente orientato al risultato, quello di effettività (G. CORSO, M. DE BENEDETTO, N. RANGONE, *Diritto amministrativo effettivo. Una introduzione*, Il Mulino, Bologna, 2022).

⁷ Secondo la Relazione illustrativa, l'art. 1, co. 2, «enuncia il valore funzionale della concorrenza e della trasparenza, che sono tutelate non come mero fine, ma, più correttamente, come mezzo in vista del raggiungimento del risultato». Sicché – si legge poco oltre – «Il risultato si inquadra nel contesto della legalità e della concorrenza: ma tramite la sua codificazione si vuole ribadire che legalità e concorrenza da sole non bastano, perché l'obiettivo rimane la realizzazione delle opere pubbliche e la soddisfazione dell'interesse della collettività». In posizione critica rispetto a questo passaggio della Relazione si pone M.A. SANDULLI, *op. cit.*, secondo cui sembrerebbe che il raggiungimento dell'obiettivo possa finanche prevalere sul contesto.

⁸ Priorità affermata con nettezza nella Relazione illustrativa: l'art. 1 «codifica il principio del risultato ed enuncia quindi l'interesse pubblico primario del codice, come finalità principale che stazioni appaltanti ed enti concedenti devono sempre assumere nell'esercizio delle loro attività».

professionale, attinenti e proporzionati all'oggetto del contratto, tenendo presente l'interesse pubblico al più ampio numero di potenziali concorrenti e favorendo, purché sia compatibile con le prestazioni da acquisire e con l'esigenza di realizzare economie di scala funzionali alla riduzione della spesa pubblica, l'accesso al mercato e la possibilità di crescita delle micro, piccole e medie imprese».

Epperò, le affermazioni di principio appena richiamate trovano nell'ordito del codice disposizioni connotate da una non insignificante capacità di limitare la loro estrinsecazione⁹: contrariamente al passato (ma in sostanziale continuità con la regolamentazione emergenziale emanata in occasione della pandemia da Covid-19), si è optato per un consistente aumento delle ipotesi di affidamento diretto, peraltro senza preventivo scrutinio del mercato, di fatto riducendo piuttosto drasticamente la concretizzazione dell'«interesse pubblico al più ampio numero di potenziali concorrenti». Chiarissimo in questo senso l'art. 50, rubricato «Procedure per l'affidamento», in cui la possibilità di ricorrere ad aggiudicazioni di natura fiduciaria è stata molto rafforzata.

È dunque di facile apprendimento il fatto che nel bilanciamento tra concorrenza, quale interesse alla competizione tra imprese, e tempestività (comunque da abbinare alla qualità) dell'affidamento e dell'esecuzione abbia prevalso (se non *in toto*, quantomeno in quota parte) quest'ultima¹⁰, la quale ha altresì avuto la meglio sulle (forse eccessivamente avvertite) esigenze di prevenzione della corruzione che molto avevano preoccupato il legislatore precedente¹¹.

Un ulteriore sintomo del ridimensionamento del peso della concorrenza nel nuovo impianto codicistico lo si rinviene nell'art. 11, il quale rafforza la prevalenza della tutela del lavoratore sulla libera iniziativa economica privata, di cui la concorrenza è (almeno parzialmente) espressione.

Il seguito del saggio si concentrerà proprio su quest'ultima disposizione, al fine di dimostrare, tramite la sua analisi contenutistica e sistematica, come nel d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, siano (anche) altre (ulteriori rispetto al principio di concorrenza¹²) le strade che il legislatore è andato sperimentando per assicurare il buon andamento della P.A.

⁹ Una breve rassegna delle disposizioni che costituiscono un ostacolo al principio di concorrenza, esse introducendo istituti che la avversano, la si rinviene in S. PERONGINI, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo di codice dei contratti pubblici*, Relazione al convegno su "Il contenzioso in materia di contratti pubblici ed appalti nel quadro di un'analisi socio-giuridica", Bologna 14 e 15 dicembre 2022, reperibile sul sito della Spisa, pp. 14 ss.

¹⁰ Ad avviso di S. PERONGINI, *op. cit.*, «Il principio del risultato proietta la sua ombra sul principio della concorrenza e piega la concorrenza all'esigenza di conseguire un esito rappresentato da un risultato ottimale».

¹¹ E. CARLONI, *Corruzione (prevenzione della)*, in *Enc. dir. Funzioni amministrative*, Giuffrè, Milano, 2022, pp. 319 ss., spec. pp. 345 ss.

¹² Che – come osserva F. CINTIOLI, *op. cit.*, p. 7 – «rimane un valore fondante» se inteso come mezzo per garantire il funzionamento del mercato, nazionale ed europeo. La concorrenza è dunque «metodo» – come si legge nella Relazione illustrativa – rispetto a un fine, che nella specie è la concretizzazione dell'interesse della stazione appaltante.

2. Per chiarire il lessico: le diverse tipologie di clausole sociali

Le cd. clausole sociali sono espressione di una risalente tecnica normativa cui il legislatore fa ricorso per orientare il mercato a fini socialmente utili¹³.

In particolare, si tratta di disposizioni che impongono all'operatore economico il rispetto di standard di tutela del lavoro e del lavoratore come condizione per vedersi affidati lavori, servizi e forniture pubbliche e/o per accedere a determinati benefici previsti dalla legge.

Le più frequenti sono le cd. clausole di equo trattamento, che vincolano l'impresa risultata affidataria di una commessa pubblica a rispettare il trattamento giuridico determinato dai contratti collettivi così da garantire un'adeguata tutela dei lavoratori contrastando la concorrenza al ribasso sulle loro condizioni di lavoro¹⁴.

Più direttamente rivolte alla tutela dell'occupazione sono le clausole che nell'ipotesi di successione nell'esecuzione di un contratto pubblico impongono all'impresa subentrante l'obbligo di riassumere i lavoratori¹⁵.

Entrambe le tipologie di clausole cui si è fatto cenno pongono limiti alla libertà di mercato e condizionano le dinamiche concorrenziali tra le imprese, il che solleva non pochi problemi di compatibilità con il quadro costituzionale, ma soprattutto con il diritto dell'UE.

Il nuovo codice dei contratti pubblici conferma il quadro definitorio appena rassegnato: per l'allegato I.1 costituiscono «clausole sociali» le «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».

3. Le clausole sociali di equo trattamento nella previgente disciplina sui contratti pubblici

Come accennato, il ricorso alle clausole sociali nella regolazione nazionale è tanto risalente quanto intenso.

È sin dagli anni '70 che il legislatore ha tentato di precludere qualsiasi competizione tra le imprese aspiranti ad aggiudicarsi commesse pubbliche sulle condizioni e sul costo del lavoro.

L'adeguamento alla contrattazione collettiva di categoria e di zona quale condizione per l'affidamento era già previsto nell'art. 36 dello Statuto dei lavoratori, il cui ambito originario di applicazione fu esteso alle concessioni di pubblici servizi grazie a una sentenza interpretativa di accoglimento della Corte costituzionale¹⁶.

¹³ E. GHERA, *Le c.d. clausole sociali: evoluzione di un modello di politica legislativa*, in *Giorn. dir. lav. e rel. ind.*, 2001, pp. 133 ss.

¹⁴ G. ORLANDINI, *Clausole sociali (dir. lav. interno)*, in *Treccani on line*, 2015.

¹⁵ G.A. RECCHIA, *Cambio appalto, stabilità occupazionale e contrattazione collettiva*, in D. GAROFALO (a cura di), *Appalti e lavoro. Volume secondo. Disciplina lavoristica*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 235 ss.

¹⁶ C. cost., 19 giugno 1998, n. 226.

Prendendo a modello la previsione dell'art. 18, co. 7, d.lgs. 19 marzo 1990, n. 55, concernente gli appalti di opere pubbliche, l'art. 118, co. 6, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, rafforzò la tutela dei lavoratori con una disposizione dal sapore immediatamente prescrittivo, che dunque non richiedeva di essere riprodotta negli atti di gara e in quelli contrattuali: «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 per la quale si eseguono le prestazioni».

La portata dell'art. 118, co. 6, d.lgs. n. 163/2006, fu precisata dal regolamento di attuazione, il quale individuava i contratti collettivi da applicare: sarebbero stati quelli «stipulati tra le parti sociali firmatarie di contratti collettivi nazionali comparativamente più rappresentative» (art. 4, co. 1, d.P.R. 5 novembre 2010, n. 207).

La tecnica in parola è stata diffusamente riproposta nel d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, il quale ha dato corpo alla protezione del lavoratore includendola nella fase iniziale della progettazione (art. 23, co. 16) e della predisposizione degli atti di gara (art. 50); in sede di valutazione delle offerte (art. 95, co. 10, e 97, co. 5, lettera d); nel corso dell'esecuzione del contratto (art. 30)¹⁷.

La parte più pregnante della tutela del lavoratore appare concentrata proprio nella fase *post* aggiudicazione, nella relativa disciplina percependosi il bilanciamento tra interessi pubblici operato dal legislatore.

All'art. 30, co. 1, nel prescrivere che «L'affidamento e l'esecuzione di appalti di opere, lavori, servizi, forniture e concessioni, [...] garantisce la qualità delle prestazioni e si svolge nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza», si prevede altresì che «Il principio di economicità può essere subordinato, nei limiti in cui è espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice, ai criteri, previsti nel bando, ispirati a esigenze sociali».

Così, in conseguenza, nel successivo co. 4 è disposto che «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»¹⁸.

Considerato l'ampio spazio che la disciplina codicistica ha dedicato alla protezione del lavoratore la giurisprudenza amministrativa se ne è sovente occupata.

Il tema delle clausole sociali ha spesso incrociato quello dell'anomalia dell'offerta.

¹⁷ Una recente analisi della disciplina previgente a quella del d.lgs. 36/2023 la si rinviene in W. GIULIETTI, *La tutela del lavoro nei contratti pubblici attraverso le clausole sociali*, in *Dir. econ.*, 2023, pp. 11 ss.

¹⁸ La disposizione è oggetto di un'approfondita analisi, anche riguardante la relativa produzione giurisprudenziale, in E. CARUSO, *La funzione sociale dei contratti pubblici. Oltre il primato della concorrenza?*, Jovene, Napoli, 2021, pp. 420 ss.

In proposito la giurisprudenza ha chiarito che, mentre non sono necessariamente dovute la verifica dell'anomalia dell'offerta dell'aggiudicataria e l'accertamento della congruità dei costi per la sicurezza, viceversa un simile adempimento è stato imposto sempre (prima di procedere all'aggiudicazione) in relazione ai costi della manodopera¹⁹.

E se l'accertamento compiuto dalla P.A. avesse fornito responso positivo, ciò avrebbe potuto determinare l'anomalia dell'offerta: «da scelta del C.C.N.L. applicabile al personale dipendente che diverge insanabilmente, per coerenza e adeguatezza, da quanto richiesto dalla Stazione appaltante in relazione ai profili professionali ritenuti necessari, è idonea di per sé a determinare un'ipotesi di anomalia, riflettendosi sulla possibilità di formulare adeguate offerte sotto il profilo economico, essendo incoerenti o incompatibili i profili professionali di riferimento»²⁰.

È invero evidente che una determinazione complessiva dei costi del lavoro basata su un salario inferiore altera la *par condicio* tra i concorrenti, mostrandosi come fonte di pregiudizio per le altre imprese partecipanti alla gara che abbiano correttamente valutato l'ammontare delle retribuzioni da erogare.

Benché le clausole in parola siano presenti da tempo nell'ordito normativo italiano, ancora recentemente la giurisprudenza si è interrogata sul loro contenuto minimo: esse – si è sostenuto –, più che imporre obblighi precisi, si limiterebbero a fissare uno standard di trattamento.

Il punto di equilibrio tra la concorrenza quale competizione tra imprese (e la conseguente autonomia organizzativa di queste ultime), da un lato, e le esigenze sociali, dall'altro, «deve essere fissato nel senso che la clausola stessa, pur non potendo imporre [...] l'applicazione di un determinato contratto collettivo, può comunque fissare uno standard di trattamento che l'aggiudicatario sia tenuto a rispettare, rimanendo questi libero di scegliere le modalità con cui raggiungerlo». Sicché, la stazione appaltante «non può obbligare le imprese ad applicare un contratto collettivo, ma può riferirsi a esso individuandolo quale standard minimo di tutela – in primo luogo, retributiva – da garantire ai lavoratori»²¹.

Prendendo le mosse da tale assunto si è sentenziato che «l'obbligo di garantire ai lavoratori già impiegati le medesime condizioni contrattuali ed economiche non è assoluto né automatico»²².

Del resto, la giurisprudenza è concorde nel ritenere che la individuazione del contratto collettivo di lavoro applicabile ai dipendenti addetti all'esecuzione del contratto «rientra nelle prerogative di organizzazione dell'imprenditore e nella libertà negoziale delle parti, col solo limite che l'accordo collettivo prescelto sia

¹⁹ Cons. Stato, sez. V, 13 marzo 2020, n. 1818.

²⁰ TAR Campania - Napoli, sez. V, 6 aprile 2022, n. 2355.

²¹ TAR Liguria - Genova, sez. I, 21 luglio 2022, n. 629.

²² TAR Puglia - Bari, sez. I, 16 giugno 2022, n. 893.

coerente con l'oggetto dell'appalto» – il che legittima l'applicazione di condizioni di lavoro stabilite da un contratto collettivo straniero²³, una diversa soluzione mostrandosi incompatibile con il diritto europeo²⁴. Benché non manchino pronunce in cui il G.A. abbia rilevato la non appropriatezza del contratto collettivo scelto dall'operatore economico²⁵, l'impressione che si trae analizzando la sua giurisprudenza è che abbia evitato di valorizzare eccessivamente le novità introdotte dal codice del 2016. A ben vedere, ancora rilevante è il peso attribuito alla libertà dell'imprenditore di scegliere il contratto collettivo da impiegare, il che trova verosimilmente giustificazione nel timore che l'art. 30, co. 4, possa risultare difforme dalla Costituzione.

4. Le clausole sociali di equo trattamento secondo il nuovo codice: l'applicazione dei contratti collettivi nazionali di settore elevata al rango di principio

La tutela delle condizioni di lavoro dettate dai contratti collettivi viene rafforzata con il nuovo codice, tramite il quale, piuttosto che promuoverla, si intende garantirla.

Lo si percepisce sin dalla legge delega (l. 21 giugno 2022, n. 78), nel cui art. 1, co. 2, lettera h), n. 2, ci si propone di «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 di lavoro e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, nonché garantire le stesse tutele economiche e normative per i lavoratori in subappalto rispetto ai dipendenti dell'appaltatore e contro il lavoro irregolare».

Nel tentativo di accrescere il livello di protezione sociale, il legislatore, difficilmente avendo potuto dettare disposizioni nei contenuti più pregnanti di quelle proprie del precedente codice, ha diversamente collocato rispetto al passato le norme riguardanti l'impiego della contrattazione collettiva, inserendole tra i principi: l'art. 11 è infatti dedicato al «Principio di applicazione dei contratti collettivi nazionali di settore. Inadempienze contributive e ritardo nei pagamenti».

In particolare, il co. 1 si rivolge al personale impiegato nei lavori, servizi e forniture oggetto di appalti pubblici e concessioni cui «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 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».

²³ TAR Lazio - Latina, sez. I, 6 giugno 2022, n. 526. Sicché, la mancata applicazione di uno specifico contratto collettivo nazionale di lavoro non può essere a priori sanzionata dalla stazione appaltante con l'esclusione (Cons. Stato, sez. V, 13 luglio 2020, n. 4515).

²⁴ C. giust. UE, sez. II, 3 aprile 2008 n. C-346/06.

²⁵ Cons. Stato, sez. III, 25 febbraio 2020, n. 1406.

Il testo si presenta in linea con quello di cui al codice del 2016, consegnando la protezione del lavoratore a tre diversi criteri di selezione del CCNL da applicare: uno soggettivo/rappresentativo; uno “spaziale”; uno oggettivo.

Per quanto riguarda l'elemento soggettivo/rappresentativo, il CCNL di cui si intende garantire l'utilizzazione proviene dal novero di quelli stipulati dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale.

L'obiettivo è quello di restringere le ipotesi in cui, per la frammentazione della contrattazione collettiva nell'ambito del medesimo settore, l'operatore economico possa optare per uno che non garantisce al lavoratore la migliore tutela sotto il profilo normativo ed economico.

Nonostante la maggior parte della forza lavoro sia concentrata su pochi CCNL²⁶, la loro proliferazione è imperterrita²⁷. All'archivio del CNEL ne risultano depositati (al 22 novembre 2022) ben 933. Di questi, 353 contratti (il 37,8%) sono sottoscritti da associazioni datoriali e sindacali non rappresentati al CNEL: essi spesso presentano condizioni peggiorative (con importi sotto i minimi dei contratti di riferimento) che producono un danno economico ai dipendenti altresì penalizzando le aziende socialmente responsabili.

Sicché, il criterio di selezione soggettiva dei CCNL da impiegare nei contratti pubblici dovrebbe evitare una duplice alterazione: al trattamento del lavoratore, da un lato, e alla concorrenza, dall'altro.

Il secondo criterio di selezione è di natura “spaziale”: andrà scelto il CCNL nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona in cui si eseguono le prestazioni.

Ultimo elemento garantistico è il criterio di selezione oggettivo: il legislatore assume come punto di riferimento per la scelta del CCNL la prestazione oggetto dell'attività da eseguire, alla quale il CCNL di cui fare uso nel caso concreto deve essere «strettamente connesso»²⁸.

Esigenze di certezza e trasparenza consigliano di indicare il trattamento contrattuale da utilizzare sin dall'inizio della procedura. Per cui il co. 2 prescrive che «Nei bandi e negli inviti le stazioni appaltanti e gli enti concedenti indicano il contratto collettivo applicabile al personale dipendente impiegato nell'appalto o nella concessione»²⁹.

²⁶ Secondo i dati rinvenibili sul sito del CNEL, considerando tutti i settori, i primi cinque CCNL maggiormente applicati coprono almeno l'80% dei lavoratori.

²⁷ Sempre secondo i dati del CNEL, in un solo anno la contrattazione collettiva ha registrato un incremento pari al 9%, mentre negli ultimi dieci anni del 170%.

²⁸ Il criterio della stretta connessione è evidentemente rivolto a rendere quanto più effettiva possibile la clausola sociale, ciò anche al fine del buon esito della esecuzione del contratto. In proposito, va rammentato che le clausole di equo trattamento non sono funzionalizzate solo alla tutela del lavoratore, ma – come osservato da C. cost., n. 226/1998 – anche a soddisfare l'interesse pubblico all'efficienza amministrativa, sia in sede di aggiudicazione, sia in sede di realizzazione dell'opera o del servizio.

²⁹ La disposizione assomiglia all'art. 50, d.lgs. 50/2016, in merito al quale l'Autorità garante della concorrenza e del mercato aveva espresso parere (11 dicembre 2015, prot. n. 722361) sostenendo che la clausola sociale diminuisce

Considerata la sostanziale identità regolativa rispetto al codice del 2016, il rafforzamento della protezione del lavoratore sta tutta nella diversa sistemazione della relativa disciplina all'interno della trama codicistica. In proposito non è affatto irrilevante apprezzare l'evoluzione normativa: nel d.lgs. 163/2006 le disposizioni riguardanti la contrattazione collettiva erano formalmente confinate nell'ambito dei principi relativi all'esecuzione del contratto e, in maniera un po' singolare, all'interno di una disposizione essenzialmente rivolta al subappalto; nel d.lgs. 50/2016 la considerazione per la questione muta, tanto che il legislatore traduce la relativa disposizione tra i «principi per l'aggiudicazione e l'esecuzione di appalti e concessioni».

Nel nuovo codice la “risalita” della contrattazione collettiva giunge al culmine, trovando posto tra i principi, con conseguenze tutt'altro che trascurabili.

Ed invero, la realizzazione di un codice sottende il tentativo di dare forma (all'interno dell'ordinamento generale) a un micro-cosmo giuridico, composto non solo da regole speciali, ma anche (anzi, forse, soprattutto) da un sistema valoriale che il legislatore si propone di affermare in un certo settore. Un sistema valoriale che nel caso di specie viene espresso attraverso «principi generali», dai quali si inducono, da un lato, gli interessi pubblici che nella materia dei contratti pubblici si vuole in astratto perseguire; dall'altro, metodo e strumenti per farlo in concreto.

La sede non è appropriata per prendere parte al risalente, benché sempre attuale, dibattito riguardante i principi, e segnatamente per riflettere sulla loro effettiva capacità di creare ordine e sulla loro modesta capacità di orientare l'interpretazione.

Quel che rileva – quantomeno ai limitati fini del presente contributo – è la qualificazione come principio generale dell'applicazione (imposta dalla P.A. appaltante) di una certa contrattazione collettiva ai lavoratori impiegati nello svolgimento delle commesse pubbliche; qualificazione dalla quale prendere le mosse allo scopo di figurarsi le effettive conseguenze giuridiche sul livello di protezione dei lavoratori.

L'inserimento tra i principi della clausola sociale in parola permette anzitutto di affermare che la tutela del lavoratore è stata individuata come uno dei principali interessi pubblici da curare nello specifico settore oggetto dell'intervento normativo. In particolare, nella nuova previsione si scorge nitidamente il bilanciamento che il legislatore ha operato, all'esito del quale la tutela del lavoratore ha assunto una certa qual prevalenza rispetto alla libertà di organizzazione sindacale dell'imprenditore e di iniziativa economica privata.

La nuova sistemazione normativa pare aver sottratto all'imprenditore in via generale e definitiva la scelta circa il trattamento da praticare al lavoratore: diviene così insuperabile il divieto di competere tra

«sensibilmente i benefici del confronto competitivo» e può «scoraggiare la partecipazione alla gara, limitando indebitamente la platea dei partecipanti».

imprenditori a discapito del contraente più debole, in favore del quale viene praticata la massima protezione possibile.

Protezione che risulta rafforzata dalla collocazione tra i principi dell'art. 11. In quanto la qualificazione giuridica di principio integra la tradizionale vocazione/capacità “promozionale” della clausola sociale con quella “garantistica”: clausola che dunque funge da limite alla legislazione di dettaglio, per la quale è impossibile far rientrare tra le prerogative dell'imprenditore la scelta del CCNL da usare.

Sempre in ragione della sua rinnovata qualificazione giuridica, la clausola sociale in parola assume un ruolo prominente in sede interpretativa, costituendo, insieme agli altri principi del codice, il ruolo di decodificatore dei possibili conflitti tra interessi contrastanti.

In tal modo esce ridefinita la relazione tra il principio sull'equo trattamento del lavoratore e il principio di concorrenza, quantunque – è importante notarlo – non solo in senso escludente dell'uno rispetto all'altro.

A ben vedere, la nuova previsione sulla contrattazione collettiva, se per un verso inibisce la scelta imprenditoriale qualora volesse attestarsi sotto il minimo consentito dalla P.A., per altro verso finisce per orientare il senso della competizione tra imprese, dirigendola verso la realizzazione del principio del risultato. Ed invero, la natura giuridica e i contenuti della clausola sociale presa in esame finiscono per stimolare l'iniziativa economica privata, e dunque la concorrenza tra operatori, sulla prestazione richiesta, aumentando le possibilità di piena soddisfazione dell'interesse della P.A. committente. Ne dovrebbe conseguire una concorrenza rivolta a trovare il miglior equilibrio possibile tra qualità e prezzo, in tal modo proponendosi, insieme alla clausola sociale di equo trattamento, come strumento di attuazione del principio del risultato.

5. Sulla legittimità costituzionale dell'art. 11 del nuovo codice

Le clausole sociali hanno tradizionalmente suscitato dubbi di legittimità costituzionale in riferimento anzitutto all'art. 39 Cost. Dubbi di regola ritenuti non fondati, soprattutto dalla giurisprudenza, la quale ha affermato con una rassicurante costanza che la condizione di aggiudicazione delle gare pubbliche consistente nell'onere di applicare un certo trattamento ai lavoratori non contrasterebbe con la libertà di organizzazione sindacale.

A ben vedere, le disposizioni rivolte a promuovere l'applicazione delle condizioni di lavoro dettate dai contratti collettivi maggiormente rappresentativi sono predisposte in maniera intelligente, quasi elusiva della lettera dell'art. 39: esse non sono dirette a estendere *ex lege* ed *erga omnes* l'efficacia del contratto collettivo, limitandosi a indicare le condizioni contrattuali che l'aggiudicatario deve applicare al personale impiegato, qualora, sulla base di un'autonoma scelta imprenditoriale, intenda contrattare con la P.A. In

pratica, la limitata efficacia soggettiva del contratto collettivo, i cui contenuti possono essere fatti valere solo nei confronti di imprese che per affiliazione sindacale o per adesione volontaria applichino quel medesimo contratto o altro contratto che rechi contenuti analoghi, viene “aggirata” tramite la indicazione in sede di bando del contratto collettivo da impiegare, la cui utilizzazione diviene requisito per l’aggiudicazione.

Viene così congegnata una previsione (inserita negli atti iniziali della procedura selettiva) autoritativa nei contenuti (determinati nel convincimento che essi consentano il perseguimento dell’interesse pubblico) ma ad efficacia consensuale: essa finisce per rivolgersi a un certo operatore economico solo a seguito della sua partecipazione alla procedura, ai fini della quale aderisce al “suggerimento” della P.A. rinunciando in parte al proprio potere organizzativo.

Ad ogni modo al concorrente resta un residuo spazio decisionale, l’esercizio del quale, però, trova il limite del trattamento individuato dalla stazione appaltante.

Esattamente in questo sentiero argomentativo si pone il co. 3 dell’art. 11 del nuovo codice, il quale si presenta fecondo quanto a (non irragionevole e sproporzionato) bilanciamento tra differenti interessi costituzionalmente tutelati: «Gli operatori economici possono indicare nella propria offerta il differente contratto collettivo da essi applicato, purché garantisca ai dipendenti le stesse tutele di quello indicato dalla stazione appaltante o dall’ente concedente». Talché, prima di procedere all’affidamento le PP.AA. appaltanti «acquisiscono la dichiarazione con la quale l’operatore economico individuato si impegna ad applicare il contratto collettivo nazionale e territoriale indicato nell’esecuzione delle prestazioni oggetto del contratto per tutta la sua durata, ovvero la dichiarazione di equivalenza delle tutele» (co. 4).

Le disposizioni appena rassegnate consentono alla nuova disciplina di tenersi in linea con la giurisprudenza amministrativa formatasi sulle versioni precedenti del codice: con l’obiettivo di assicurare la compatibilità costituzionale della sottrazione all’imprenditore della scelta del trattamento da praticare ai propri lavoratori, è consolidato l’orientamento secondo cui nella *lex specialis* la clausola sociale va formulata e intesa in maniera elastica e non rigida, dovendo essere temperata con la libertà d’impresa e con la facoltà in essa insita di organizzare il servizio in modo efficiente e coerente con la propria organizzazione produttiva, allo scopo di realizzare economie di costi da valorizzare a fini competitivi nella procedura di affidamento dell’appalto³⁰.

Il co. 3 dell’art. 11 coinvolge apertamente anche l’altra disposizione costituzionale interessata dalle clausole sociali, l’art. 41 Cost.

³⁰ Cons. Stato, sez. V, 3 giugno 2022, n. 4539.

Per il vero, i dubbi di legittimità costituzionale rispetto alla libera iniziativa economica privata sono stati tradizionalmente ritenuti superabili alla luce dello stesso art. 41 Cost., in base al quale tale iniziativa «non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale».

Anzi, proprio la disposizione in parola si presenta come elemento a supporto della prescrizione da parte della stazione appaltante del CCNL da applicare: in tal modo non si impone alle imprese di aderire alla contrattazione collettiva, bensì di osservare la regolazione dei rapporti di lavoro dettata dal contratto collettivo di categoria nel momento in cui le imprese liberamente decidono di lavorare con la P.A. Una prescrizione che però – come già accennato – non impedisce all'operatore economico di scegliere diversamente nei limiti in cui vengano assicurate le stesse tutele che la stazione appaltante ritiene necessarie.

La funzionalizzazione sociale della limitazione dello spazio di scelta imprenditoriale viene rafforzata dal coinvolgimento dell'art. 36 Cost.: la contrattazione collettiva individuata sulla scorta dei criteri dettati dall'art. 11 costituisce (non il solo, ma certamente) un adeguato paradigma per assicurare la proporzionalità della retribuzione. Non a caso si è sostenuto che «Allorquando il capitolato di gara faccia riferimento ad uno specifico contratto collettivo di lavoro, strettamente coerente con l'oggetto dell'appalto, tale previsione non è meramente indicativa ma rileva ai fini della valutazione della congruità dell'offerta presentata dal concorrente e mira ad evitare che si verifichino situazioni di concorrenza non corretta tra imprese basata sul solo ribasso del costo del lavoro»³¹.

La connessione tra il trattamento dei lavoratori imposto dalla P.A. e la congruità dell'offerta dimostra come la disciplina in commento, e più in generale le clausole sociali, abbiano una vocazione non esclusivamente lavoristica. È vero che la difformità tra l'inquadramento professionale attribuito al lavoratore e la qualifica contrattuale spettantegli secondo il contratto collettivo può essere fatta valere solo nell'ambito dei rapporti fra lavoratore e datore di lavoro. Nondimeno, essa ha ricadute sulla congruità complessiva dell'offerta, e dunque sul risultato amministrativo, per garantire il raggiungimento del quale, nei limiti di una formale compatibilità costituzionale, la P.A. impone il trattamento da applicare ai lavoratori impegnati in commesse pubbliche³².

6. Segue: sulla compatibilità dell'art. 11 con il diritto dell'UE

Tuttora annoso è viceversa il problema della compatibilità delle clausole sociali con il diritto dell'UE, il quale, quantomeno in via generale, perdura ad assegnare al principio di concorrenza un ruolo preminente rispetto ai diritti sociali.

³¹ Cons. Stato, sez. V, 11 gennaio 2022, n. 199.

³² In tal senso già C. cost., n. 266/1998, secondo cui i costi per le imprese derivanti dalle clausole sociali di equo trattamento concorrono alla migliore individuazione del contraente della P.A.

L'imposizione da parte di uno Stato membro di uno standard di tutela in favore del lavoratore a discapito della capacità di auto-organizzazione dell'impresa produce un effetto restrittivo della libera concorrenza tra imprese e, soprattutto, della libera circolazione di queste nell'offrire i propri servizi in Stati diversi da quello in cui sono stabilite. E il rischio di disincentivazione degli scambi transfrontalieri aumenta significativamente nel caso in cui – come sovente accade – il livello di tutela in favore dei lavoratori sia diverso tra lo Stato in cui l'impresa è stabilita e quello in cui la prestazione deve essere svolta.

Il trattamento giuridico dei lavori distaccati costituisce un vero e proprio nodo gordiano, rappresentando il punto di convergenza di interessi in evidente tensione tra loro.

La competizione (anche) sulle condizioni e sul costo della manodopera, per un verso, dovrebbe alimentare il processo di integrazione europea, consentendo agli operatori economici di “sfidarsi” su ogni componente della organizzazione necessaria a eseguire la prestazione; per altro verso, si presta a falsare il gioco della concorrenza, pregiudicando le imprese socialmente responsabili. D'altro canto, interventi legislativi nazionali rivolti a inibirla potrebbero essere tacciati di introdurre misure di carattere protezionistico³³.

Le condizioni di equilibrio tra le libertà economiche, da un lato, e gli obiettivi di protezione sociale, dall'altro, sono sin qui sfuggite alla regolamentazione sovranazionale, che si presenta non particolarmente precisa ma soprattutto non così agevolmente intellegibile.

Preceduto dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia che, a partire dagli anni '80 del secolo scorso, ha provato a salvaguardare la sovranità degli Stati membri in merito al trattamento dei lavoratori, il principale atto normativo sovranazionale a oggi vigente è rappresentato dalla Direttiva sul “distacco” 96/71/CE, la quale individua un nucleo protettivo del lavoratore che tutti gli Stati membri sono tenuti a garantire.

I suoi contenuti, determinati dal tentativo di evitare un uso a vocazione protezionistica del diritto del lavoro nazionale, sono stati via via arricchiti dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, dapprima con il filone *Laval quartet*, poi con la sentenza *Ruffert* e infine con la sentenza *Regio post*³⁴.

La materia è stata poi regolata dalla Direttiva 2014/24/UE riguardante gli appalti pubblici, la quale, tuttavia, non è riuscita a risolvere il frequente corto circuito tra clausole sociali e libertà economiche garantite dai Trattati, le prime dovendo sempre assumere fattezze tali da essere compatibili con l'esercizio delle seconde.

³³ M. PALLINI, *Verso una nuova funzione “protezionistica” del diritto del lavoro?*, in U. GARGIULO, M. RANIERI (a cura di), *Protezionismo e diritto del lavoro*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, pp. 57 ss.

³⁴ Nella cospicua dottrina lavoristica, M. PALLINI, *Diritto europeo e limiti di ammissibilità delle clausole sociali nella regolazione nazionale degli appalti pubblici di opere e servizi*, in *Giorn. dir. lav. e rel. ind.*, 2016, pp. 525 ss. In quella amministrativistica, molto più minuta, E. CARUSO, *La funzione sociale dei contratti pubblici*, cit., pp. 383 ss.

Il legislatore italiano, in quella appena entrata in vigore così come nelle precedenti versioni del codice, ha omesso di prendere posizione – si limita a evocare il rispetto dei principi dell’UE –, lasciando che sia il giudice, nazionale ed europeo, a bilanciare di volta in volta gli interessi in gioco.

Per il vero, la nuova disciplina sembra non presentare sintomi di difformità dal paradigma europeo.

La prescrizione da parte della stazione appaltante del trattamento da applicare ai lavoratori impiegati nella esecuzione dell’opera o servizio commissionati dalla stessa P.A. appare non solo non sproporzionata, ma finanche necessaria rispetto agli interessi pubblici che il legislatore intende perseguire – la tutela del lavoratore, da un lato, e il risultato amministrativo, dall’altro. Né sembra che tale prescrizione si proponga come discriminatoria delle imprese straniere. A ben riflettere, gli effetti pregiudizievoli sulla libertà imprenditoriale si producono, quantunque in tono minore, anche sulle imprese nazionali: sicché non pare proprio che l’art. 11 “carichi” gli operatori economici stabiliti in altri Paesi UE di un peso ingiustificato e sproporzionato rispetto all’interesse pubblico che si vuole curare.

D’altra parte, nell’ottica dell’ampliamento del mercato al fine di trovare il miglior offerente possibile (anche al di fuori dei confini nazionali), particolarmente congrua appare la previsione del co. 2 dell’art. 11, che impone la indicazione negli atti iniziali della procedura selettiva del contratto collettivo da applicare.

Invero, la frammentazione della contrattazione ha sovente reso opaco il quadro degli obblighi sociali, di fatto venendo a costituire una barriera all’ingresso di imprese straniere. Viceversa, la disposizione in parola rende trasparente gli oneri che l’imprenditore deve assumersi, mostrandosi utile nell’ottica della combinazione tra protezione sociale e libertà imprenditoriale.

7. L’intervento sostitutivo della P.A. committente in sede di esecuzione del contratto nell’ottica dell’effettività della tutela del lavoratore e del risultato amministrativo

La disciplina di principio a protezione del lavoratore non è stata limitata alla fase di aggiudicazione tramite la indicazione negli atti di gara della contrattazione collettiva da impiegare.

Nell’ultimo comma dell’art. 11 viene infatti dedicato spazio alle inadempienze contributive e retributive dell’impresa affidataria o del subappaltatore, per contrastare le quali il legislatore ha arricchito i poteri della stazione appaltante dotandola della capacità di porre in essere un incisivo intervento sostitutivo in sede di realizzazione dell’opera o del servizio.

E così, in caso di omissione contributiva nei confronti del personale dipendente impiegato nell’esecuzione del contratto, la P.A. committente «trattiene dal certificato di pagamento l’importo corrispondente

all'inadempienza per il successivo versamento diretto agli enti previdenziali e assicurativi, compresa, nei lavori, la cassa edile»³⁵.

Più articolato è il procedimento nel caso dovesse registrarsi un ritardo nel pagamento delle retribuzioni. Allorché ciò accadesse, il responsabile unico del progetto invita per iscritto l'imprenditore a provvedervi entro i successivi quindici giorni. Qualora la mancata liquidazione perdurasse (e in assenza di contestazioni da parte dell'imprenditore) «la stazione appaltante paga anche in corso d'opera direttamente ai lavoratori le retribuzioni arretrate, detraendo il relativo importo dalle somme dovute all'affidatario del contratto ovvero dalle somme dovute al subappaltatore inadempiente nel caso in cui sia previsto il pagamento diretto».

La collocazione di queste disposizioni tra i principi generali del codice lascia sul campo più d'una perplessità – non fosse altro per il loro grado di dettaglio.

Nondimeno, è comprensibile l'attenzione del legislatore alla fase di esecuzione del contratto, nel corso della quale il trattamento dei lavoratori, garantito in astratto in sede di aggiudicazione, potrebbe subire detrimenti: è evidente che l'effettività delle clausole sociali vada assicurata anche (anzi, forse soprattutto) nella fase dell'esecuzione del contratto³⁶.

Invero, una volta scelto l'operatore economico contraente, il contenuto della clausola sociale – come prescritta negli atti di gara o, semmai, come diversamente specificata dal concorrente in sede di offerta – entra a far parte del regolamento contrattuale, assumendo rilevanza giuridica per due diversi rapporti: quello tra l'operatore economico e i suoi lavoratori, da un lato; quello tra l'operatore economico stesso e la P.A. committente, dall'altro.

L'adempimento delle clausole sociali in sede di esecuzione del contratto non si risolve, dunque, solo in una questione lavoristica, recando un certo rilievo pure nella relazione che passa tra la P.A. e il suo contraente: è chiaro che l'adempimento in parola, lungi dall'incidere esclusivamente sulla posizione soggettiva dei lavoratori, è in grado di influenzare l'interesse della prestazione.

Il rischio che la violazione della clausola sociale da parte dell'operatore economico producesse effetti pregiudizievoli sulla realizzazione/completamento dell'opera o del servizio oggetto del contratto non veniva certo scongiurato dai rimedi suggeriti dall'Anac alla luce del previgente parametro normativo: il mancato rispetto degli obblighi derivanti dalla clausola sociale farebbe sorgere in capo alla P.A.

³⁵ La disposizione prosegue prevedendo che «In ogni caso sull'importo netto progressivo delle prestazioni è operata una ritenuta dello 0,50 per cento; le ritenute possono essere svincolate soltanto in sede di liquidazione finale, dopo l'approvazione da parte della stazione appaltante del certificato di collaudo o di verifica di conformità, previo rilascio del documento unico di regolarità contributiva».

³⁶ La estensione della disciplina a tutela del lavoratore alla fase di esecuzione del contratto è già contenuta nella dir. 2014/24/UE.

committente il dovere di porre in essere i rimedi previsti dalla legge ovvero dal contratto, di regola consistenti nell'applicazione di clausole risolutive ovvero di penali³⁷.

A ben vedere, rimedi siffatti non sembrano idonei a garantire la soddisfazione dell'interesse della P.A. committente.

Proprio in questa prospettiva va inquadrata la rinnovata disciplina, nella quale si è tentato di individuare una soluzione che garantisca la realizzazione dell'interesse pubblico specifico.

La scelta legislativa è caduta sul potere sostitutivo della P.A. committente. Un potere che assume una duplice valenza: in primo luogo, è evidentemente rivolto a tutelare il lavoratore; in secondo luogo, contribuisce al raggiungimento del risultato amministrativo.

Come accennato, le inadempienze retributive e contributive dell'imprenditore potrebbero minare la continuità e la celerità dell'esecuzione, alla correttezza della quale ha interesse soprattutto la stazione appaltante³⁸. E le classiche reazioni all'inadempimento contrattuale non assicurano il completamento dell'opera o del servizio. Si spiega così il ruolo sostitutivo assegnato alla P.A., il cui intervento sembrerebbe in grado di coniugare, anche in sede di esecuzione del contratto, la protezione sociale con il risultato amministrativo.

8. Tutela del lavoratore, risultato amministrativo e buon andamento della P.A.

Ultimata l'analisi della disciplina di principio riguardante il trattamento dei lavoratori impiegati nella esecuzione dei contratti pubblici, è giunto il momento di fare ritorno alla premessa, in conclusione della quale ci si era proposti di verificare l'ipotesi da cui si sono prese le mosse: la riconsiderazione del principio di concorrenza in tema di appalti pubblici ha condotto il legislatore a sperimentare strade ulteriori per assicurare il buon andamento della P.A.³⁹.

³⁷ Cfr. le Linee guida n. 13 del 2019.

³⁸ Che l'inserimento di una clausola sociale risulti (anche) di specifico interesse della P.A. appaltante ai fini della «regolare esecuzione dell'opera nei termini contrattualmente previsti» è affermazione risalente anche della giurisprudenza civile – sin da Cass., sez. lav., 5 giugno 1981, n. 3640: la previsione all'interno di un atto di gara in base alla quale l'appaltatore assume l'obbligo di applicare ai lavoratori dipendenti condizioni normative e retribuite non inferiori a quelle stabilite dai contratti collettivi vigenti, «si configura come un contratto a favore del terzo, che fa sorgere in capo ai lavoratori impiegati nella esecuzione delle opere appaltate un diritto soggettivo, nei confronti del datore di lavoro, alla osservanza della contrattazione collettiva, e nel quale l'interesse dello stipulante, richiesto dall'art. 1411, comma 1, c.c., è quello della pubblica amministrazione alla regolare esecuzione dei lavori che sarebbe compromessa dalla litigiosità dei lavoratori, motivata da un loro trattamento meno favorevole di quello stabilito dalla contrattazione collettiva».

³⁹ Sul significato di buon andamento è nota la diversità di opinioni, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza – in proposito G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Lezioni di diritto amministrativo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, pp. 323 ss., nonché R. FERRARA, *L'interesse pubblico al buon andamento delle pubbliche amministrazioni tra forma e sostanza*, in *Dir. e proc. amm.*, 2010, pp. 31 ss. In questa sede il buon andamento viene inteso come efficienza amministrativa: considerato che (nella sua declinazione aziendalistica) l'efficienza corrisponde – nel suo contenuto minimo e irriducibile – alla capacità di un sistema, poste le condizioni di partenza, di ottimizzare l'uso dei mezzi a disposizione nel perseguire obiettivi prefissati, si può assumere – dopo aver inserito nella “formula” appena riportata (che serve a verificare la produttività di un'impresa) gli interessi oggetto della cura dei pubblici poteri – che la P.A. sarà efficiente se, posti

L'ipotesi pare dimostrata dall'esame diacronico della disciplina pubblicistica a protezione dei lavoratori, la quale nelle tre diverse versioni del codice avutesi dal 2006 è cambiata sia dal punto di vista contenutistico, sia dal punto di vista sistematico, ossia della collocazione all'interno della trama normativa dedicata ai contratti pubblici e dunque della qualificazione giuridica delle relative disposizioni.

Il cambiamento segnalato, diversamente da quanto potrebbe apparire se ci si limitasse alla lettera dell'art. 11, non concerne esclusivamente la vocazione/capacità di quest'ultimo a garantire il raggiungimento di obiettivi sociali. In esso viene infatti tratteggiato un intenso rapporto tra la protezione del lavoratore e il principio del risultato amministrativo nell'ottica della realizzazione del buon andamento della P.A.; rapporto che a chi scrive appare come l'aspetto più interessante della disciplina *supra* commentata.

Se si pone mente ai suoi primi cinque commi, l'art. 11 ha ridefinito la relazione tra tutela del lavoratore e concorrenza, contribuendo a rendere quest'ultima "servente" rispetto al principio del risultato: la sterilizzazione della competizione tra le imprese sulle condizioni e sul costo del lavoro concorre ad assicurare il miglior risultato della procedura concorsuale, consentendo alla P.A. di ottenere le condizioni più favorevoli. In altre parole, l'applicazione della contrattazione collettiva prescritta dalla stazione appaltante permette di perseguire «il risultato dell'affidamento del contratto [...] e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza» (art. 1, co. 1).

A rendere evidente la strumentalità dell'interesse sociale rispetto al risultato amministrativo è il ruolo che il legislatore ritaglia per la stazione appaltante nel co. 6: il potere sostitutivo, benché direttamente incidente sulla situazione soggettiva del lavoratore, pare essenzialmente rivolto a garantire la massima celerità possibile nella conclusione dell'opera o del servizio. La disciplina sulle inadempienze contributive e retributive permette quindi di perseguire «il risultato [...] della [...] esecuzione con la massima tempestività» (art. 1, co. 1).

Insomma, nell'art. 11, la tutela del lavoratore e il risultato amministrativo vengono posti in condizione di presupposizione del primo rispetto al secondo: l'adeguato trattamento del lavoratore partecipa al raggiungimento del risultato amministrativo che il codice (in astratto) e la P.A. committente (in concreto) si sono proposti. Cosicché, la tutela delle condizioni e del costo del lavoro si presenta anch'essa, unitamente al principio del risultato, quale strumento di attuazione del buon andamento della P.A.⁴⁰.

determinati fini pubblici in astratto (da parte degli organi di indirizzo politico), riesca a raggiungere in concreto una equilibrata sintesi tra gli interessi (pubblici e privati) coinvolti nella fattispecie (si potrebbe dire: legalità sostanziale), il che – a ben vedere – non può che risolversi nella conformità dell'attività amministrativa alla legge (si potrebbe dire: legalità formale).

⁴⁰ Restano dunque attuali le conclusioni che la Corte costituzionale (n. 226/1998) aveva rassegnato rispetto all'art. 36 dello Statuto dei lavoratori: la tutela della manodopera cui era direttamente rivolto consentiva al tempo stesso la realizzazione del buon andamento della P.A. e della leale competizione tra operatori economici.

La conformazione dell'art. 11 alimenta una ulteriore, conclusiva, osservazione.

L'impressione che si riceve dalle prime letture del codice è che si ponga un po' in controtendenza rispetto (non solo alle sue versioni precedenti, bensì) al (più) generale sviluppo ordinamentale contemporaneo, il quale, ad avviso di chi scrive, si connota per una contraddizione che costituisce una delle principali ragioni di disordine giuridico.

Se si esamina la legislazione degli ultimi lustri è possibile notare che a fronte dell'alto tasso di regolamentazione dell'attività amministrativa si trova una paradossale riduzione dell'area d'intervento della P.A.

A occupare gli spazi di quest'ultima è anzitutto il potere legislativo, che non manca di invadere il campo tradizionalmente proprio dell'amministrazione attiva (mantenendo numerosa la produzione di leggi-provvedimento)⁴¹. A ciò si aggiunga la costante erosione ad opera della giustizia amministrativa, che, in maniera più o meno manifesta, si disimpegna sempre più spesso nel ruolo di supplente della P.A.⁴².

La segnalata riduzione coinvolge altresì lo spazio provvedimentale, esito, tra l'altro, della crescita dell'ambito di applicazione degli istituti (il silenzio, la Scia) riconducibili al processo di semplificazione/liberalizzazione⁴³.

Questo moto ordinamentale riposa verosimilmente sulla profonda sfiducia che da tempo si nutre nei confronti della P.A., quasi rappresentasse un ostacolo al conseguimento di un risultato amministrativo soddisfacente. Un moto che ha nel tempo coinvolto anche la regolazione dei contratti pubblici, caratterizzata da una legislazione dettagliatissima e tecnicamente esasperata (ed esasperante), così da ridurre lo spazio di scelta della stazione appaltante.

Nel codice di recentissimo conio pare restituito alla P.A. un ruolo primario. A quest'ultima non viene assegnato solo un compito propulsivo – del resto fisiologico, in quanto il procedimento di selezione del contraente e la successiva fase di esecuzione dell'opera o del servizio sono generati dalla necessità di soddisfare un certo interesse della comunità amministrata. Viceversa, sembra esserle riconosciuto anche un significativo spazio determinativo tanto degli interessi che intende perseguire (ivi compresi quelli sociali) quanto delle modalità tramite le quali concretamente realizzarli, in tal modo venendole riconsegnata (benché limitatamente all'ambito materiale degli appalti) una posizione istituzionale più adeguata all'interno della dislocazione dei pubblici poteri.

⁴¹ Il tema, come noto molto “battuto”, è affrontato di nuovo recentemente da S. SPUNTARELLI, *Il Parlamento amministratore*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2023, pp. 121 ss.

⁴² Da ultimo L. SALTARI, *I giudici amministratori*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2023, pp. 293 ss.

⁴³ Sia consentito il rinvio ad A. DE SIANO, *Le forme della decisione amministrativa*, in *Dir. e proc. amm.*, 2021, pp. 911 ss.