



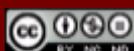
Testo pubblicato a seguito di referaggio anonimo

'A cavallo' tra due codici: l'equo trattamento dei lavoratori nella nuova normativa sui contratti pubblici *

WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 467/2023

© Ivana Santoro 2023
Università di Bari
ivana.santoro@uniba.it

WP CSDLE MASSIMO D'ANTONA.IT - ISSN 1594-817X
Centre for the Study of European Labour Law "MASSIMO D'ANTONA", University of Catania
On line journal, registered at Tribunale di Catania n. 1/2012 – 12.1.2012
Via Gallo, 25 – 95124 Catania (Italy)
Tel: +39 095230855 - csdle@lex.unict.it
<http://csdle.lex.unict.it>



'A cavallo' tra due codici: l'equo trattamento dei lavoratori nella nuova normativa sui contratti pubblici*

**Ivana Santoro
Università di Bari**

1. Le clausole di prima generazione negli appalti pubblici tra <i>venti di riforma</i> e scenario sovranazionale.	2
2. Equo trattamento, clausole 'multiformi' e discipline a confronto.	5
3. Dall'applicazione del contratto collettivo nazionale di settore quale principio di aggiudicazione e di esecuzione dell'appalto... ..	7
3.1 ...al principio di applicazione dei contratti collettivi nazionali di settore.....	9
4. Clausole sociali e impegni <i>per il bando</i> , la lettera o l'invito: la ritrovata centralità della <i>lex specialis</i> ?	10
5. <i>Aggiudicato!</i> E poi? L'equo trattamento tra le condizioni di esecuzione del contratto.....	12
6. La 'sopravvissuta' parità di trattamento nel subappalto.	13
7. Appalti pubblici e clausole sociali: 'in trincea' per un mercato più equo?	16

* Il contributo è stato sottoposto a peer-review anonima da un revisore selezionato dalla Direzione della collana. Ricevuto il 12/05/2023; accettato il 30/05/2023; pubblicato il 01/06/2023

1. Le clausole di prima generazione negli appalti pubblici tra *venti di riforma* e scenario sovranazionale.

All'esito di un percorso lungo e travagliato, si è da poco giunti all'approvazione definitiva di un nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 36/2023), concepito su impulso del PNRR e adottato in forza della delega al Governo conferita dall'art. 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78¹.

Si tratta dell'ennesima riscrittura di una normativa tanto nevralgica quanto problematica, che persegue, tra gli altri, l'obiettivo della semplificazione attraverso una risistemazione complessiva della materia, che si lascia apprezzare quantomeno per la maggiore intelligibilità del suo contenuto.

Nel vortice del progetto riformatore sono finite anche le norme in materia di equo trattamento dei lavoratori impiegati nell'esecuzione dell'appalto pubblico.

Come noto, la contrattualistica pubblica è oggetto di armonizzazione a livello europeo² e, proprio per la forte incidenza che la normativa sovranazionale ha sul settore, occorre procedere, preliminarmente, all'esame del contesto nel quale si colloca l'ennesimo 'ritocco' alle norme sulle c.d. clausole sociali di prima generazione nei contratti pubblici.

Malgrado la disciplina sovranazionale, destinata a trovare applicazione agli appalti pubblici c.d. sopra soglia (art. 1, dir. 2014/24/EU), abbia di recente tradito un approccio più sensibile del passato alle istanze di tutela del lavoro³, il quadro europeo non sembra tutt'ora offrire una base giuridica sufficientemente 'solida' alle clausole sociali.

Nella direttiva 2014/24/UE, che riguarda specificatamente gli appalti⁴, l'art. 18 – all'atto di enucleare i «*principi per l'aggiudicazione*» degli appalti – riconosce agli Stati membri la facoltà di adottare «*misure adeguate*» per garantire che gli operatori economici, nell'esecuzione di appalti pubblici,

¹ Il codice dei contratti è entrato in vigore il 1° aprile ma l'acquisizione dell'efficacia è, in forza dell'art. 229, rinviata al 1° luglio 2023.

² Il vecchio codice degli appalti (d.lgs. n. 163/2006) era intervenuto a trasporre le dir. n. 17 e n. 18 del 2004 mentre il codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016) era intervenuto a recepire il 'pacchetto' di direttive in materia di concessioni, appalti e appalti nei settori speciali (dir. 2014/23/EU, dir. 2014/24/EU, dir. 2014/25/EU).

³ «*As a crude indicator of the magnitude of the change in approach between the 2004 and 2014 procurement directives, there are about 40 references to the word "social" in the body of Directive 2014/24 (excluding annexes) as compared with four in the 2004 directive*», C. Barnard, *To boldly go: social clauses in public procurement*, Industrial Law Journal, 46 (2), 2017, p. 210.

⁴ Norme di contenuto analogo si rintracciano anche nelle direttive sulle concessioni e sugli appalti nei settori speciali (ossia gli artt. 30, par. 3 e 42, par. 1 della direttiva 2014/23/UE; art. 36, par. 2 e 88, par. 1 della direttiva 2014/25/UE).

rispettino gli obblighi applicabili in materia di diritto del lavoro stabiliti dal diritto dell'Unione, dal diritto nazionale, dai contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali elencate nell'allegato X.

Un altro 'filtro sociale' negli appalti pubblici a livello sovranazionale è rappresentato dall'art. 70 della dir. 2014/24/UE, che concede alle amministrazioni aggiudicatrici la facoltà di inserire «*condizioni particolari (di esecuzione)*» di ordine sociale o relative all'occupazione, collegate all'oggetto dell'appalto, nell'avviso di indizione o nei documenti di gara⁵.

Tali norme fungono da trampolino di lancio delle clausole sociali nell'ordinamento interno ma incontrano un limite 'esterno' nella direttiva 96/71/CE sul distacco transnazionale. Infatti, il considerando n. 98 della dir. 2014/24/UE si premura di precisare che «le condizioni di lavoro fondamentali disciplinate dalla direttiva 96/71/CE devono rimanere *al livello* stabilito dalla legislazione nazionale o da contratti collettivi applicati *in conformità* del diritto dell'Unione nel contesto di tale direttiva». Ebbene, le materie su cui è possibile imporre all'operatore straniero la parità di trattamento dei lavoratori distaccati sono solo quelle di cui all'art. 3 della dir. 96 (almeno nel distacco infrannuale) e non abbracciano che una quota parte del ricco panorama regolativo del lavoro dello Stato ospitante e, pertanto, inducono a dubitare già a valle che si possa, per mezzo di una clausola sociale, imporre all'operatore straniero l'applicazione dell'intero trattamento economico-normativo di fonte legale o contrattuale dello Stato ospitante.

Al contempo, è necessario fare i conti, a monte, con l'individuazione delle fonti da cui può legittimamente scaturire - in linea con il *voluto* della direttiva sul distacco transnazionale - la regolazione del lavoro 'imponibile' all'operatore straniero (soprattutto in considerazione dell'assenza, nel nostro ordinamento, di contratti collettivi di applicazione generale⁶).

⁵ Si tratta di una scelta a cui il legislatore europeo ha confermato di aderire anche più recentemente per mezzo dell'art. 9 della direttiva sul salario minimo 2022/2041/UE, pur precisando (al considerando 13) come quest'ultima non vada a creare «alcun obbligo supplementare» in relazione alle tre direttive sugli appalti pubblici.

⁶ Si pensi alle prime riflessioni in merito della Corte di Giustizia UE nel famoso caso *Ruffert* (C-346/2006). In tale occasione, la Corte - innanzi ad una legge di un Land che rinviava, per la determinazione della retribuzione imposta alle imprese aggiudicatrici, ad uno specifico contratto collettivo che non era stato dichiarato di generale applicazione - aveva escluso che la determinazione della retribuzione oggetto di quella controversia, potesse giustificarsi alla luce della direttiva nella misura in cui non poggiava né sulla legge né su di un contratto collettivo di generale applicazione o comunque ad esso assimilabile negli effetti (v., *in multis*, S. Costantini, *Direttive sui contratti pubblici e Corte di giustizia: continuità e discontinuità in tema di clausole sociali*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT - 309/2016, p. 3).

Ancorché i timidi passi della normativa europea in materia di clausole sociali negli appalti pubblici risentano fortemente dei vincoli in materia di distacco transnazionale e, più in generale, dell'impronta neolibera lasciata dalle pronunce della Corte di Giustizia⁷, il legislatore nazionale ha sin da subito mostrato di saper sfruttare a pieno tutte le opportunità concesse di innestare negli appalti pubblici anche valutazioni di ordine sociale, tra cui quelle legate all'equità del trattamento economico-normativo riconosciuto ai lavoratori impegnati nell'esecuzione dell'appalto⁸.

Sullo sfondo delle scelte 'consolidate' del legislatore in materia si rintraccia la consapevolezza che gli enti aggiudicatori dispongono (e disporranno in misura ancora maggiore nell'imminente futuro, grazie alle risorse del *Recovery Plan*) di un potere d'acquisto incomparabile e, con esso, della *reale* capacità di orientare il mercato⁹. Si tratta di un'opzione di politica del diritto a cui –contro ogni pronostico – ha mostrato di aderire anche il legislatore dell'ultima riforma.

Infatti, le norme in tema di equo trattamento sembrano aver retto il colpo e, a tratti, - almeno apparentemente¹⁰ - esserne uscite più forti.

⁷ Si allude principalmente «al terzetto giurisprudenziale che, nell'arco di pochi mesi, ha spezzato l'equilibrio faticosamente costruito fra le esigenze di salvaguardia della libertà di prestazione transnazionale dei servizi, da un lato, e quelle di protezione dei lavoratori e di contenimento del *dumping*, dall'altro, facendo nettamente prevalere sulle regioni sociali (...) le pressanti istanze economiche del mercato comune», D. Izzi, *Lavoro negli appalti e dumping salariale*, Torino, 2018, p. 89.

⁸ O, più correttamente, sembra aver sfruttato «gli ampi margini di ambiguità riscontrabili nella direttiva 2014/24/UE in tema di clausole sociali», M. Corti, *Concorrenza e lavoro: incroci pericolosi in attesa di una svolta*, in *Gior. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 151, 2016, 3, p. 518.

⁹ V. Risoluzione della CES per una politica di concorrenza più sostenibile ed inclusiva, adottata al Comitato esecutivo del 22-23 marzo 2021, che rammenta come «il 14% del PIL europeo (sia) speso ogni anno in appalti pubblici» e, pertanto, le norme dell'UE in materia di appalti pubblici abbiano un grande potenziale di accelerazione delle transizioni verso la convergenza sociale verso l'alto ed una maggiore copertura della contrattazione collettiva. Sul legame tra PNRR e clausole sociali v. M. Lamberti, *La disciplina degli appalti pubblici tra pnrr e legge delega: verso il rafforzamento delle clausole sociali?*, *Il diritto del mercato del lavoro*, 2022, 3, p. 585 ss.

¹⁰ Si allude a quanto riportato in un'intervista al segretario di Fillea Cgil, A. Genovesi, su *La Repubblica*, 29 marzo 2023, p. 5 in merito alla circostanza che «il governo con la mano sinistra mantiene, sulla carta, le tutele conquistate negli anni: la parità economica di trattamento e stesso contratto per i lavoratori in appalto e subappalto, il Durc di congruità, il rispetto del ccnl edili. Ma con la mano destra di fatto le toglie, allungando senza limiti il subappalto e aumentando il rischio di infiltrazioni».

2. Equo trattamento, clausole 'multiformi' e discipline a confronto.

Le clausole di equo trattamento - che sono, tradizionalmente, disposizioni legislative che mirano ad assicurare ai dipendenti dell'appaltatore un trattamento economico-normativo minimo - hanno conosciuto, nel tempo, un'incessante evoluzione.

L'art. 36 St. Lav., che rappresenta il precursore dell'equo trattamento nel settore pubblico¹¹, è tutt'ora il punto di partenza obbligato per ogni riflessione in merito all'equo trattamento negli appalti pubblici¹².

Il «modello»¹³ di tutela, tuttavia, si è prestato a varie formulazioni normative che ne hanno, in qualche modo, alterato i tratti genetici: sono cambiati gli interlocutori (e, conseguentemente, è cambiato l'oggetto del vincolo), è mutato il parametro del trattamento e si è arricchito il ventaglio degli effetti giuridici.

Se l'art. 36 St. Lav. si rivolgeva alla stazione appaltante e la vincolava a inserire nel capitolato di gara una clausola esplicita che recepiva l'obbligo per l'appaltatore di applicare nei confronti dei lavoratori condizioni non inferiori a quelle risultanti dai contratti collettivi, già l'art. 118, co. 6, d.lgs. n. 163/2006 ha scelto di deporre il vincolo indiretto a favore dell'obbligo legale per l'affidatario di «osservare integralmente il trattamento economico-normativo» previsto dal contratto collettivo.

Se l'art. 36 St. Lav. - e, in verità, anche l'art. 118, co. 6, d.lgs. n. 163/2006¹⁴ - determinava lo *standard* di trattamento avuto riguardo ai

¹¹ Sussistono, tuttavia, degli autorevoli precedenti che risalgono ai primi del '900, anche se di carattere settoriale e rimasti, in larga parte, allo stato embrionale, v. G. F. Mancini, *Commento all'art. 36 St. Lav.*, in U. Romagnoli, U. Montuschi, L. Ghezzi, G. F. Mancini (a cura di), *Statuto dei lavoratori. Commentario al codice civile diretto da Scialoja e Branca*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1972, p. 543.

¹² L'art. 36 St. Lav., del resto, riuscì nell'intento di introdurre una «disciplina di respiro generale», che si era resa necessaria a seguito della ratifica, con l. n. 1305/1952, della convenzione OIL n. 94 del 1949 sulle «clausole di lavoro nei contratti stipulati da un'autorità pubblica», v. D. Izzi, *Lavoro negli appalti...*, cit., p. 72. Un profilo di indubbia attualità della convenzione si ravvisa nell'art. 2 laddove prevede che le condizioni di lavoro minime fissate dalle clausole devono avere riguardo a «contratti collettivi o di procedura concordata di contrattazione fra organizzazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori che rappresentino rispettivamente una *proporzione considerevole* dei datori di lavoro e dei lavoratori della professione o dell'industria interessate».

¹³ E. Ghera, *Le c.d. clausole sociali: evoluzione di un modello di politica legislativa*, Dir. Rel. Ind., 2001, 2, p. 134.

¹⁴ Sebbene già l'art. 4, co. 1, D.P.R. n. 207/2010, avente ad oggetto il regolamento di attuazione, avesse ricondotto i contratti collettivi da applicare, in forza dell'art. 118, c. 6, d.lgs. n. 163/2006, a quelli stipulati tra le parti sociali firmatarie di CCNL comparativamente

contratti collettivi in vigore per il settore (o la categoria) e la zona, con l'art. 30, co. 4, d.lgs. n. 50/2016 si è fatto strada un criterio di selezione più stringente per mezzo del rinvio espresso ai contratti stipulati dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative, per giunta coerenti con l'oggetto dell'appalto.

Se l'art. 36 St. Lav., per mezzo della clausola sociale, si proponeva di accordare al lavoratore il diritto perfetto a vedersi corrisposto un dato trattamento¹⁵, dal d.lgs. n. 163/2006 in poi, il vincolo ha mostrato di risentire della rigida scansione 'fasica' segnata dalla disciplina dell'evidenza pubblica. Le clausole sociali hanno finito così per atteggiarsi diversamente a seconda che fossero destinate ad impattare sulla fase dell'aggiudicazione (e, quindi, a ripercuotersi sulla congruità dell'offerta) o sulla fase dell'esecuzione (e, dunque, a transitare per l'adempimento contrattuale dell'affidatario e risolversi poi nel diritto a favore del lavoratore).

Malgrado gli stravolgimenti che hanno interessato il risalente modello, che deve intendersi tutt'ora vigente¹⁶, lo strumento è stato e resta ben riconoscibile tra le pieghe di *ogni* riforma degli appalti pubblici: le clausole di equo trattamento rispondono, oggi come ieri, all'«esigenza che sia assicurato uno *standard* minimo di tutela ai dipendenti coinvolti, ove nell'esercizio di una determinata attività imprenditoriale intervenga la p.a.» e, malgrado l'usura del tempo e il *caos* del panorama sindacale, mirano ancora alla «valorizzazione della dimensione collettiva»¹⁷.

più rappresentative (G. Orlandini, *Mercato unico dei servizi e tutela del lavoro*, FrancoAngeli, Milano, 2013, p. 179).

¹⁵ Per rendere tecnicamente possibile tale risultato si faceva ricorso allo schema giuridico della clausola a favore di terzi nel contratto (art. 1411 c.c.). Inoltre, per rafforzare l'effettività della disciplina, l'art. 36 St. Lav. prevedeva che l'Ispettorato del lavoro segnalasse ogni infrazione accertata ai Ministri affinché questi ultimi adottassero le opportune determinazioni, fino alla revoca del beneficio, e nei casi più gravi o nel caso di recidiva, l'esclusione del responsabile, per un tempo fino a cinque anni, da qualsiasi appalto.

¹⁶ Deve, infatti, escludersi che l'art. 36 St. Lav. sia stato oggetto di abrogazione implicita in quanto le norme sopravvenute (nella riflessione dell'Autore il riferimento era all'art. 118, co. 6, d.lgs. n. 163/2006 ma ad analoghe conclusioni può pervenirsi anche con riguardo al codice vigente) «sono rivolte a due destinatari diversi (...) e operano tramite due diversi meccanismi giuridici teoricamente contemporaneamente applicabili», sebbene, com'è ovvio, l'art. 36 St. Lav. abbia smarrito «ogni utilità pratica», I. Alvino, *Appalti delle pubbliche amministrazioni e tutela dei lavoratori dipendenti da appaltatori e sub-appaltatori*, in U. Carabelli, M.T. Carinci (a cura di), *Il lavoro pubblico in Italia*, Cacucci Editore, Bari, 2010, p. 282.

¹⁷ Quale che sia *ratio* 'prevalente', entrambe «pongono, pur sempre, in evidenza l'intimo collegamento che sussiste tra siffatto profilo e quello dell'esigenza di tutela del lavoro subordinato, sottolineando, in tal modo, l'ispirazione e la funzione di garanzia». Si tratta di un estratto della nota pronuncia della Corte costituzionale avente ad oggetto l'art. 36 St. Lav. (Corte cost., 19 giugno 1998, n. 226).

3. Dall'applicazione del contratto collettivo nazionale di settore quale principio di aggiudicazione e di esecuzione dell'appalto...

La norma centrale in tema di equo trattamento, nel contesto del d.lgs. n. 50/2016, era indubbiamente l'art. 30, co. 4 che introduceva, tra «i principi per l'aggiudicazione e l'esecuzione», la previsione che al personale impiegato nei lavori, servizi (e forniture) oggetto di appalti pubblici dovesse trovare applicazione il contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguivano le prestazioni di lavoro «stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e il cui ambito di applicazione fosse strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente».

La forza precettiva della previsione, tuttavia, era fortemente attenuata dall'interpretazione 'morbida' che ne avevano dato i giudici amministrativi. Sul presupposto che l'applicazione di un determinato contratto collettivo rientrasse tra le prerogative dell'imprenditore e nella libertà negoziale delle parti, i giudici avevano ridimensionato notevolmente la portata della previsione: in sede di aggiudicazione, infatti, era apparso sufficiente che l'operatore economico optasse per un contratto nazionale coerente con l'oggetto dell'appalto¹⁸.

Un ulteriore elemento che contribuiva a indebolire il tenore della norma si rinveniva - in negativo - nell'art. 97, co. 5 che prevedeva che la stazione appaltante escludesse l'offerta anormalmente bassa per violazione dell'art.

¹⁸ V., *in multis*, T.A.R. Campania, Napoli, sez. IV, 26 maggio 2022, n. 3564.

30, co. 3 (o, ancora, dei minimi salariali retributivi di cui all'art. 23, co. 16¹⁹) e *non* del co. 4²⁰ che, nella pratica, finiva per peccare di ineffettività.

Il disposto normativo lasciava poi spazio a molti dubbi: basti pensare che l'individuazione dei soggetti stipulanti faceva affidamento, come spesso accade, sul 'grande assente' del nostro ordinamento intersindacale, cioè un sistema (legale) di misurazione della rappresentatività comparata²¹. Il punto di forza della previsione si rinveniva, invece, nella definizione legale del perimetro, non già in relazione all'attività esercitata dall'appaltatore (del settore o della categoria) ma, più correttamente, a quella oggetto dell'appalto come tratteggiata negli atti di gara.

Se il medesimo principio era destinato a governare, nel disegno del legislatore, sia la fase aggiudicativa, sia quella funzionale o esecutiva, il contenzioso – che muoveva le fila dall'art. 30, co. 4 – si concentrava prevalentemente nella fase dell'aggiudicazione²². Del resto, nella procedura ad evidenza pubblica, sono le stesse imprese concorrenti a invocare, a proprio favore, un'interpretazione più o meno elastica del disposto normativo ad opera del giudice amministrativo mentre, nella fase

¹⁹ Del resto, se è vero che le tabelle ministeriali di cui all'art. 23, co. 16, sono redatte sulla base dei valori economici definiti dai ccnl *leader* dei diversi settori merceologici e delle differenti aree territoriali, l'esclusione per anomalia dell'offerta ex art. 97, co. 5 è prevista solo ai danni delle imprese che presentano offerte nelle quali il costo del personale è inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle tabelle stesse. E ancora, «*any deviation from the costs indicated in the ministerial tables - and provided that the minimum wages provided for in the collective agreements are respected - do not, however, lead to the exclusion*». Infatti, «*in order to doubt the adequacy, it is necessary that the discrepancies are considerable and clearly unjustified*», così G. A. Recchia, *Public procurement and subcontracting in Italy: a 'work in progress' between social protection and the compatibility with the European competition principles*, in S. Borelli, N. Castelli, S. Gualandi, G. A. Recchia e Schulten (a cura di), *Social clauses in the implementation of the 2014 public procurement directives*, ETUC, Brussels, 2021, p. 50. Si segnala che il nuovo codice ha proceduto ad una mera risistemazione delle disposizioni in merito al giudizio di congruità del costo del lavoro (v. artt. 41, co. 13 e 110, co. 5, lett. d).

²⁰ In verità, una parte della dottrina aveva esteso alla violazione del co. 4 le medesime conseguenze sanzionatorie connesse al mancato rispetto del co. 3, sul presupposto che il co. 4 potesse (e dovesse) leggersi come «una specificazione di quello precedente» (che vincolava gli operatori economici, a pena di esclusione delle offerte, al rispetto degli obblighi in materia di lavoro stabiliti, tra gli altri, dai contratti collettivi), v. D. IZZI, *Le clausole di equo trattamento dei lavoratori impiegati negli appalti: i problemi aperti*, Riv. Giur. Lav., 3, 2017, p. 458.

²¹ Per approfondire v. M. Marazza, *Perimetri e rappresentanze sindacali dei datori di lavoro e dei lavoratori*, Labour&LawIssues, 2018, pp. 1 ss. R. De Luca Tamajo, *Le criticità della rappresentatività sindacale "misurata": quale perimetro?*, Riv. it. dir. lav., 2020, I, pp. 377 ss.

²² A. Boscati, *Appalti pubblici e clausole sociali tra ordinamento interno e diritto dell'Unione Europea*, in G. Proia (a cura di), *Appalti e lavoro: problemi attuali*, Giappichelli Editore, Torino, 2022, p. 36.

esecutiva – a fronte dell'inerzia della stazione appaltante – il lavoratore ha spesso timore ad azionare il suo *diritto* ad un altro trattamento davanti al giudice del lavoro, sulla scorta di un dato normativo non certo univoco (a maggior ragione se si pensa che, il più delle volte, il trattamento economico-normativo corrisposto dall'appaltatore ha già superato il vaglio del giudice amministrativo, in forza del medesimo principio, in sede di aggiudicazione).

3.1 ...al principio di applicazione dei contratti collettivi nazionali di settore.

Nel neonato codice dei contratti pubblici, l'art. 11, co. 1-4 prende il posto del vecchio art. 30, co. 4 e fa la sua comparsa in apertura e tra i principi generali del codice: non più *uno* dei principi di aggiudicazione ed esecuzione, quindi, ma *un* principio che acquista (e conquista, per così dire) una sua autonomia sistematica.

L'articolato in esame ha il merito di riassetto una normativa ingarbugliata che si faceva estrema fatica a tenere insieme: è significativo, a tal proposito, che la norma si occupi anche delle inadempienze contributive e delle conseguenze del ritardo dei pagamenti delle retribuzioni al personale dell'appaltatore, e quindi, del 'surrogato' pubblico della responsabilità solidale negli appalti privati²³.

Se il primo comma dell'art. 11 ripropone fedelmente il contenuto del comma 4 dell'art. 30 v.f., un elemento di netta discontinuità si rinviene, invece, nel comma 2, che si pone in rotta di collisione con le considerazioni fatte proprie nel tempo dalla giurisprudenza amministrativa. Il comma 2, infatti, introduce l'*obbligo* per le stazioni appaltanti e gli enti concedenti di inserire nei bandi l'indicazione del contratto collettivo applicabile (con ogni evidenza, individuato ai sensi del comma 1). Il legislatore impone alla stazione appaltante di fare esattamente ciò che i giudici amministrativi hanno ripetutamente censurato: individuare nel bando di gara il ccnl che l'appaltatore è tenuto ad applicare²⁴.

²³ Come noto, l'art. 29, d.lgs. n. 276/2003 non trova applicazione con riferimento al committente-pubblica amministrazione (ex art. 9, co. 1, d.l. n. 76, conv. in l. n. 99 del 2013). Il meccanismo di pagamento diretto delle retribuzioni dovute al personale dell'appaltatore nel codice del 2016 era, invece, contenuto nell'art. 30, co. 5.

²⁴ «E' precluso alla stazione appaltante di imporre agli operatori economici l'applicazione di un determinato CCNL per la partecipazione alla gara», Consiglio di Stato, sez. III, 22 luglio 2022, n. 6439; «Non rientra nella discrezionalità dell'Amministrazione appaltante l'imposizione di un determinato contratto collettivo nazionale di lavoro», T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 9 novembre 2022, n.1965; «Nelle gare pubbliche, l'adesione ad un determinato contratto collettivo non può essere imposta dalla *lex specialis* alle imprese concorrenti quale requisito di partecipazione, né la sua mancata applicazione può essere a

L'unico salvagente, che impedisce al secondo comma di affondare nell'illegittimità costituzionale per contrasto con la seconda parte dell'art. 39 Cost., è il comma 3 che concede agli operatori economici di indicare nella loro offerta il differente contratto collettivo da loro applicato purché lo stesso assicurino «l'equivalenza delle tutele» (circostanza che deve essere oggetto di dichiarazione dell'operatore economico prima dell'aggiudicazione). Resta, ancora una volta, il cono d'ombra della sanzione: l'unico appiglio si rinviene nel richiamo operato dal comma 3 all'art. 110 - che si occupa del giudizio di anomalia delle offerte - per il caso di mancato superamento del *test* di equivalenza delle tutele lavoristiche.

È palese l'intento perseguito dal legislatore di 'levigare' gli spigoli normativi più a rischio di contrasto con i principi costituzionali. Tuttavia, per quanto meritoria, la previsione sembra peccare di imprecisione e induce a interrogarsi circa la ragione per cui non si è percorsa la strada maestra del «trattamento economico e normativo non inferiore» rispetto al contratto collettivo applicabile, già tracciata da innumerevoli provvedimenti legislativi.

Soprattutto se si pensa che il RUP si troverà a valutare una circostanza - cioè che il contratto collettivo applicato garantisca le "stesse tutele" del contratto collettivo applicabile - che metterebbe a dura prova la maggior parte dei giuslavoristi.

4. Clausole sociali e impegni per il bando, la lettera o l'invito: la ritrovata centralità della *lex specialis*?

Tra le norme del nuovo codice deputate a veicolare l'equo trattamento nella fase dell'aggiudicazione del contratto si rinvencono gli artt. 57 e 102.

L'art. 57 (che, in tutta evidenza, richiama l'art. 50 del d.lgs. n. 50/2016 con qualche lieve ma significativa variazione) è collocato tra gli istituti e le clausole comuni dell'appalto e sancisce l'obbligo - per i contratti di appalto di lavori e servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale²⁵ - di inserire nei bandi di gara, negli avvisi e negli inviti, specifiche clausole sociali che richiedono agli operatori economici, quali *requisiti necessari dell'offerta*, misure orientate, tra l'altro, a garantire (non più la stabilità occupazionale *per il tramite* dell'applicazione del contratto collettivo di cui all'art. 51 del

priori sanzionata dalla Stazione Appaltante con l'esclusione», T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. II, 13 gennaio 2017, n. 45.

²⁵ «In particolare ove riguardi il settore dei beni culturali e del paesaggio e, comunque, nel rispetto dei principi Ue». Si noti che, rispetto alla formulazione dell'art. 50 v.f. cod. contr., è venuto meno l'*alert* relativo ai contratti ad alta intensità di manodopera.

d.gs. 81/2015²⁶ ma) «la stabilità occupazionale *nonché* l'applicazione dei contratti collettivi nazionali e territoriali di settore». La selezione del contratto avrà luogo *tenendo conto*, in relazione all'oggetto dell'appalto e alle prestazioni da eseguire anche in maniera prevalente, di quelli stipulati dalle associazioni più rappresentative e strettamente connessi con l'attività oggetto di appalto.

Ancora, l'art. 102, tra i requisiti di partecipazione alla gara, prevede che il bando, la lettera o l'invito richieda agli operatori economici di assumersi l'impegno di garantire, oltre alla stabilità occupazione del personale impiegato, l'applicazione dei contratti collettivi nazionali e territoriali di settore, ancora una volta, *tenendo conto* di quelli stipulati da soggetti *leader* il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'oggetto del contratto.

In entrambe le norme si prevede che, sempre mediante apposite clausole, siano assicurate ai lavoratori in subappalto le «stesse tutele economiche e normative» dei dipendenti dell'appaltatore (dunque, anche il trattamento garantito al lavoratore in subappalto sembra, in questa fase, dover 'transitare' per il bando, la lettera o l'invito). Il rigore dell'art. 102 è mitigato dal suo secondo comma che consente all'operatore, in sede di presentazione dell'offerta, di indicare «le modalità con le quali intende adempiere gli impegni» (l'attendibilità delle quali deve essere verificata, anche con le modalità di cui all'art. 110, nei confronti dell'offerta dell'aggiudicatario).

Le previsioni in parola si rivelano coerenti con il disposto dell'art. 11 che, come esaminato, impone di indicare, nei bandi, negli avvisi e negli inviti, il contratto collettivo applicabile. L'obbligo di applicare un contratto collettivo che tenga conto del contratto collettivo *leader*, pertinente con l'oggetto dell'appalto, permette di coordinare le previsioni in merito agli impegni e alle clausole sociali con il sistema di equivalenza delle tutele tratteggiato, in apertura, dall'art. 11.

In ogni caso, il nuovo codice ha mostrato di voler rinsaldare, nell'opera di riscrittura delle disposizioni sul trattamento dei lavoratori in appalto, il 'diaframma' degli atti di gara a scapito del vincolo diretto di legge (che, tuttavia, resta saldo nella fase di esecuzione, come si vedrà a breve). Tale circostanza – in qualche misura imposta dal diritto europeo – trova riscontro nel costante richiamo al bando, all'avviso e all'invito ma conduce a interrogarsi su quali siano i rimedi esperibili per il caso in cui la stazione

²⁶ Nella precedente formulazione si richiedeva l'inserimento nel bando di 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 d.lgs. n. 81/2015».

appaltante non si sia conformata al dettato normativo e abbia 'dimenticato' la clausola sociale, in tutte le sue molte 'forme'²⁷.

5. Aggiudicato! E poi? L'equo trattamento tra le condizioni di esecuzione del contratto.

Se le disposizioni finora esaminate sono destinate a governare la procedura ad evidenza pubblica e a condizionarne l'esito, un altro tassello importante nel *puzzle* normativo del trattamento dei lavoratori negli appalti pubblici è rappresentato dall'obbligo, riconosciuto direttamente in capo all'(ormai) affidatario, di osservare - nella fase esecutiva del contratto - il trattamento previsto dal contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona individuato ai sensi del nuovo art. 11. Sebbene tale vincolo sembri, a prima vista, sovrapporsi (e quindi duplicare) - quanto al contenuto - gli impegni assunti dagli operatori economici, in sede di aggiudicazione e in forza del bando, l'art. 119, co. 7 del nuovo codice ottiene di accordare al lavoratore, direttamente per legge, il diritto a vedersi garantito il trattamento stabilito dai contratti collettivi di cui all'art. 11. La previsione, in tutta evidenza, interviene a sostituire, seppur con significative modifiche, l'art. 105, co. 9, d.lgs. n. 50/2016.

A tal proposito, può salutarsi positivamente la scelta del legislatore di legare assieme l'art. 119, co. 7 con l'art. 11 se si pensa che, nella vigenza del codice del 2016, l'art. 105, co. 9 v.f. e l'art. 30, co. 4 v.f. erano parsi in contrapposizione l'uno con l'altro nella misura in cui il primo chiedeva, come regola di esecuzione, che l'affidatario garantisse il trattamento previsto da *un* contratto collettivo vigente del settore e della zona mentre il secondo, che era *anche* principio di esecuzione, riconosceva ai dipendenti dell'affidatario il diritto all'applicazione *del* contratto collettivo stipulato dai soggetti comparativamente più rappresentativi e coerente con l'oggetto dell'appalto.

È scomparso, inoltre, l'obbligo di garantire «integralmente» il trattamento del contratto collettivo che, letto in combinato con l'art. 30, comma 4 v.f., minacciava di sfociare nell'obbligo di *integrale* applicazione

²⁷ A tal proposito, in tema di giudizio di congruità del costo del lavoro, la giustizia amministrativa ha avuto occasione di rilevare in passato come, pure in difetto del richiamo espresso nel bando, le tabelle di riferimento in merito al costo del lavoro dell'appaltatore-tipo dovessero intendersi conoscibili all'operatore economico e idonee ad orientarlo nella presentazione dell'offerta (TAR Lazio, Roma, sez. II, 23 luglio 2018, n. 832). Non sembra che tale conclusione si confaccia agli artt. 57 e 102, potendosi, al più, ritenere si tratti di obblighi capaci, pure nel silenzio della *lex specialis*, di eterointegrare il bando. Qualche dubbio residua avuto riguardo all'art. 11 nella misura in cui può forse sostenersi - sulla scorta del dato normativo - che il comma 3 intervenga ad esplicitare («indicare», dunque, con valore ricognitivo) un obbligo (ancora e pur sempre) *ex lege*.

del contratto collettivo – a questo punto, *leader* – e lasciava ben pochi argomenti per salvare in calcio d'angolo la norma dall'incostituzionalità per violazione dell'art. 39 Cost.

Del resto, la clausola di fonte legale, a differenza dell'art. 36 St. Lav. (norma che vede il diritto transitare *per* il capitolato di gara), si trova a fare i conti apertamente con l'efficacia soggettiva del contratto collettivo e, pertanto, trova un riparo sicuro nelle sole pronunce della Corte costituzionale che legittimano il rinvio legale al trattamento economico complessivo previsto dal contratto comparativamente maggiormente rappresentativo in funzione di «parametro esterno di commisurazione» della retribuzione proporzionata e sufficiente²⁸. È significativo, a tal proposito, che il nuovo art. 119, co. 7 - grazie al rinvio operato al testo dell'art. 11 nella sua totalità - permetta di 'salvare', anche in sede di esecuzione, l'applicazione di un diverso contratto collettivo se (e nella misura in cui) assicura le «stesse tutele».

Appare evidente, dal quadro d'insieme, come la totalità delle norme in tema di equo trattamento dei lavoratori sia destinata, ormai, a 'ruotare' intorno all'asse dell'art. 11 (e della 'sua' - attesa - giurisprudenza).

6. La 'sopravvissuta' parità di trattamento nel subappalto.

La regolazione del subappalto ha, notoriamente, importanti ricadute sui diritti dei lavoratori 'esterni'. Le catene contrattuali, del resto, ottengono di distanziare, sul piano giuridico-formale, il prestatore di lavoro dal committente pubblico ed espongono, pertanto, al rischio di veder smarrite le tutele, compressi i costi e sfumati i controlli. Si tratta della ragione per cui, tradizionalmente, le limitazioni quantitative e qualitative al subappalto sono lette quali strumenti (indirettamente) protettivi del lavoro.

Sul piano che qui ci interessa più da vicino, il complesso normativo in materia di equo trattamento non può che contemplare dei vincoli di equo trattamento anche a beneficio dei lavoratori in subappalto.

²⁸ «L'art. 7, co. 4, d.l. n. 248/2007, conv. con modif. dall'art. 1, co. 1, l. n. 31/2008 non è costituzionalmente illegittimo, in quanto non assegna efficacia *erga omnes* ai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative del settore cooperativo, in contrasto con l'art. 39 Cost., ma richiama i trattamenti economici complessivi minimi ivi previsti quale parametro esterno di commisurazione, da parte del giudice, nel definire la proporzionalità e la sufficienza del trattamento economico da corrispondere al socio lavoratore, ai sensi dell'art. 36 Cost.», V. Corte cost., 26 marzo 2015, n. 51 con nota M. Barbieri, *In tema di legittimità costituzionale del rinvio al ccnl delle organizzazioni più rappresentative nel settore cooperativo per la determinazione della retribuzione proporzionata e sufficiente*, Riv. Giur. Lav., 2015, 3, II, p. 493.

In tale direzione si muove l'art. 119, co. 12, d.lgs. n. 36/2023 che sceglie di riproporre, con marginali modifiche, quanto già sancito dall'art. 105, co. 16 del d.lgs. n. 50/2016²⁹.

In realtà, il testo - nella nuova versione - sembra sciogliere i nodi che si erano creati per via di una cattiva formulazione dell'art. 105, co. 16 v.f. (come modificato dall'art. 49 del d.l. n. n. 77/2021 conv. da l. n. 108/2021). Quest'ultimo prevedeva, come regola di esecuzione del contratto, che il subappaltatore dovesse 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 fossero coincise con quelle caratterizzanti l'oggetto dell'appalto ovvero avessero riguardato le lavorazioni relative alle categorie prevalenti e fossero state incluse nell'oggetto sociale del contraente principale.

Si trattava, a prima vista, di una sorta di *revival* di quella che era stata ribattezzata, molto tempo prima, come la «parificazione dei trattamenti minimi» negli appalti privati interni³⁰. Ma la parificazione avveniva, diversamente da quel remoto precedente, non già avuto riguardo al committente, bensì al primo anello della catena (una sorta di 'primo prenditore' dell'appalto).

Tuttavia, nella norma si rilevava un inciso che, se valorizzato, almeno sulla base di un'interpretazione letterale, avrebbe condotto a svolte inattese: il legislatore precisava che nel trattamento economico e normativo da garantire fosse da ritenersi inclusa anche «l'applicazione dei *medesimi* contratti collettivi nazionali di lavoro».

La norma non brillava certo per chiarezza nella misura in cui sembrava far leva sullo 'scarto' - ammesso che vi fosse - tra il trattamento economico-normativo che avrebbe garantito il contraente principale e quello previsto, specificatamente, dal ccnl applicato da quest'ultimo. Insomma, la garanzia del trattamento minimo rischiava di far apparire quasi pleonastico il vincolo di applicazione del medesimo ccnl e viceversa. In ogni caso, il vincolo era pacificamente rivolto solo a *certi* subappaltatori, cioè quelli che il legislatore si premurava di individuare sulla base dell'attività subappaltata.

Il primo commento a 'caldo', all'indomani della modifica della disposizione nel vecchio codice, si ebbe ad opera dell'Ispettorato del Lavoro che, con una nota operativa³¹, fece sua una ricostruzione del dato

²⁹ G. Pigliararmi, R. Schiavo, *La nuova disciplina del subappalto nei contratti pubblici*, Bollettino ADAPT, 2 novembre 2021, n. 38.

³⁰ M. Lozito, *Tutele e sottotutele del lavoro negli appalti privati*, Cacucci, Bari, 2013, p. 21.

³¹ Nota INL n. 1507/2021.

normativo che sostanzialmente 'falciava' l'inciso in merito all'applicazione dei medesimi contratti collettivi dal testo.

In verità, un'altra interpretazione, che non inciampasse nelle sue stesse contraddizioni, era possibile anche nel vigore del vecchio testo: il trattamento minimo riguardava tutti i subappalti mentre l'applicazione del medesimo ccnl interessava soltanto quelli con un particolare oggetto (che ricalcava quello preminente o prevalente del contratto principale). Sicuramente tale lettura era difficile da avanzare con il sostegno del solo dato normativo ma, in verità, è a quest'ultima che l'art. 119, co. 12 del d.lgs. n. 36/2023 sembra aver dato corso.

La norma così riformulata ha chiarito come la garanzia di un trattamento economico-normativo non inferiore a quello garantito dal contraente principale riguardi tutti i subappalti mentre – con un più che opportuno punto di cesura tra le due previsioni – l'applicazione dei medesimi ccnl concerna solo i subappalti le cui attività si sovrappongano a quelle caratterizzanti o prevalenti (già) oggetto dell'appalto principale.

Resta inteso che sancire la parità di trattamento dei lavoratori in subappalto rispetto a quelli in appalto significa rinviare, *per relationem*, alle norme sul trattamento da corrispondere ai dipendenti dell'appaltatore (in particolare, allo stesso art. 119, co. 7).

Sarebbe logico concludere, almeno a prima vista, che le norme a tutela dei lavoratori nel subappalto non solo sono 'sopravvissute' alla nuova maggioranza ma ne sono uscite in un certo qual modo rafforzate.

Non resta, tuttavia, che domandarsi se la parità di trattamento economico-normativo del lavoro riuscirà a contenere il flusso – altrimenti dirompente – dei subappalti 'a cascata' a cui il legislatore della riforma ha contestualmente dato il via libera³².

Si tratta di una circostanza che consiglia, in tutta onestà, di abbandonare facili entusiasmi, a maggior ragione se si tiene a mente che è sulla stazione appaltante che grava il dovere di controllo circa il rispetto, (anche) da parte dei subappaltatori, dell'equo trattamento.

³² È significativo che la riforma sia stata osteggiata dalle maggiori confederazioni sindacali proprio avuto riguardo a tale delicato profilo, v. www.repubblica.it/economia/2022/12/16/news/nuovo_codice_appalti_protesta_sindacati-379340781/. L'opzione liberalizzante, del resto, si pone in perfetta continuità con l'eliminazione del tetto di utilizzo al subappalto del 30%, già disposta ad opera del d.l. n. 77/2021 (ancorché, in una certa misura, imposta dalla Corte di Giustizia Ue, v. G. Pigliarini, *Subappalto e subaffidamento nei lavori pubblici: interpretazione e criticità dell'art. 105 del d.lgs. n. 50 del 2016*, in Bollettino della Commissione di Certificazione DEAL, 2019, n. 4). E induce a ritenere ormai inesorabilmente 'spenta' quel«l'anima *antidumping*» del codice degli appalti italiano che si celava dietro agli stringenti limiti al sub (e sub) appalto (M. Forlivesi, *La tutela sociale negli appalti pubblici alla prova dei vincoli della giurisprudenza eurounitaria*, Riv. Giur. Lav., n. 4/2021, p. 624).

7. Appalti pubblici e clausole sociali: 'in trincea' per un mercato più equo?

Se - avuto riguardo al testo complessivo della riforma - non possono che condividersi le molte riserve formulate dalle parti sociali (e non solo), con riferimento al microcosmo delle clausole sociali di prima generazione, in verità, può forse registrarsi qualche timido passo in avanti. Di certo, l'esistenza - ancora - di una pluralità di disposizioni, sparse qua e là nel testo, delude le aspettative circa un intervento semplificatore e, sicuramente, non agevola la stazione appaltante nella predisposizione degli atti di gara né tantomeno l'operatore economico nella formulazione dell'offerta e nell'espressione di un consenso completo, effettivo e consapevole agli impegni.

Residuano molteplici (e legittimi) dubbi in merito alla circostanza che un sistema come quello innanzi delineato possa 'funzionare' senza essere, per l'ennesima volta, depotenziato dalle pronunce dei giudici amministrativi o, ancora, senza passare per la 'pressa' del Giudice delle Leggi o della Corte di Giustizia UE.

Sicuramente l'opportunità offerta al datore di lavoro di garantire ai lavoratori le «medesime tutele», per mezzo di un diverso contratto collettivo, si iscrive nel solco argomentativo che vuole il contratto collettivo richiamato dal legislatore - o dalla stazione appaltante - nelle clausole sociali quale «schema di riferimento per la determinazione delle condizioni da farsi ai prestatori»³³. In verità, sarebbe stato più saggio rispolverare, anche in tale sede, la formula già brevettata dei trattamenti economico-normativi minimi, in quanto il confronto tra tutele è piuttosto ostico e deve considerarsi ammesso, per non rischiare di cadere in paradosso, un contenuto migliorativo. Le ripercussioni dell'applicazione di un altro contratto collettivo - o, se si preferisce, della non equivalenza di tutele tra contratto collettivo applicato e contratto collettivo di riferimento - sull'anomalia dell'offerta (che, a sua volta, può condurre all'esclusione dalla gara) sembrano rispondere all'esigenza, avvertita nel vigore della

³³ G. F. Mancini, *Commento all'art. 36...*, cit., p. 546. E permette di coltivare l'argomentazione che vede il legislatore «utilizzare i contenuti normativi dei contratti collettivi solo come parametri sociali per la determinazione di diritti soggettivi autonomamente posti dallo Stato», G. Vardaro, *Differenze di funzioni e di livelli fra contratti collettivi*, in *Lav. Dir.*, 1987, p. 225; v. F. Pantano, *Le clausole sociali nell'ordinamento giuridico italiano. Concorrenza e tutela del lavoro negli appalti*, Pacini Giuridica, Pisa, 2020, p. 111 ss.

vecchia disciplina, di dotare il precetto - già nella fase aggiudicativa - di maggiore effettività³⁴.

Anche la circostanza che il legislatore sia orientato a valorizzare, nuovamente, il ruolo di 'filtro' del bando di gara, della lettera o dell'invito e dunque, si rivolga *prevalentemente* all'amministrazione vincolandola a pretendere - e non direttamente all'operatore vincolandolo ad applicare - un determinato contratto collettivo, può rappresentare un utile appiglio nella costruzione di una difesa costituzionale³⁵.

Senonché, la libertà sindacale non è l'unico ostacolo che il legislatore incontra sul suo cammino all'atto di 'modellare' le clausole sociali di trattamento. Le disposizioni in esame rischiano di porsi in rotta di collisione con la libertà d'iniziativa economica ex art. 41 Cost. (argomento a cui, non a caso, i giudici amministrativi ricorrono spesso nell'opera di 'demolizione' del loro contenuto). In verità, anche a non ritenere sufficiente far leva sull'utilità sociale³⁶, si può nondimeno concordare con l'assunto secondo cui «affinché sia assicurata e massimizzata la concorrenza nel mercato come richiesto dall'art. 41 Cost., deve essere in qualche misura limitata la concorrenza nell'accesso al mercato»³⁷. Del resto, lo stesso contratto collettivo - a cui le clausole sociali contribuiscono a dare vigore - riveste un ruolo innato di strumento di regolazione della concorrenza.

Senza considerare che, negli appalti pubblici, l'adeguata tutela del personale in appalto finisce «di riflesso, (per) garantire l'interesse pubblico alla corretta esecuzione delle prestazioni oggetto di appalto»³⁸.

³⁴ In tale direzione si muoveva, in tutta evidenza, l'art. 1, co. 2, lett. h), n. 2 della legge delega, alla cui lettura si rinvia, anche sul piano letterale, attraverso l'uso del verbo "garantire" in luogo di "promuovere" (al n. 3 della medesima lett. h o in luogo del sostantivo "promozione" nella lett. i) sembra aver «abbandonato l'idea di una funzione meramente promozionale e incentivante, nei confronti degli operatori economici, delle norme sulle clausole sociali nella disciplina dei contratti pubblici, mirando a conseguire un effettivo risultato applicativo con norme maggiormente pregnanti e vincolanti» (v. Relazione illustrativa al nuovo codice dei contratti pubblici consultabile su <http://documenti.camera.it>).

³⁵ È significativo, in merito, che, sempre nella Relazione illustrativa al nuovo Codice, si tenga a precisare come l'art. 11 non appaia in contrasto con l'art. 39 Cost. in quanto si limita a «indicare le condizioni contrattuali che l'aggiudicatario deve applicare al personale impiegato, qualora, sulla base di una propria e autonoma scelta imprenditoriale, intenda conseguire l'appalto pubblico [...] restando libero di *accettare o no la clausola dell'appalto pubblico* oggetto dell'aggiudicazione (accettando, quindi, anche l'*esclusione* dalla procedura)».

³⁶ Come sembra 'accontentarsi' di fare, invece, il commento all'art. 11 nella già citata relazione illustrativa al Codice.

³⁷ M. Forlivesi, *Le clausole sociali negli appalti pubblici: il bilanciamento possibile tra tutela del lavoro e regioni del mercato*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, n. 275/2015, p. 30.

³⁸ T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 9 maggio 2022, n. 5733. Del resto, alla base delle prime clausole sociali del '900, vi era proprio l'idea che «l'impiego di personale scelto e *ben trattato* nella esecuzione del lavoro contribuì (sse) assai alla bontà del risultato», v. F. Carnelutti,

La pressione sulle libertà economiche è più difficile da 'compensare' nello spazio sovranazionale, soprattutto in considerazione della circostanza che le clausole sociali che il nuovo codice sceglie di tratteggiare impattano considerevolmente sulla fase (più delicata) dell'aggiudicazione.

In tale 'momento', le clausole camminano sull'argilla dell'art. 18 della dir. del 2014 che ha 'aperto' alla possibilità che la stazione appaltante adotti misure adeguate in fase di aggiudicazione per la tutela del lavoro ma sempre nel rispetto della direttiva 96/71/CE. Da un'applicazione rigorosa di quest'ultima dovrebbe escludersi che il legislatore – o la stazione appaltante – possa imporre al 'potenziale'³⁹ concorrente transnazionale, nell'ambito delle procedure di selezione, di applicare ai lavoratori distaccati un trattamento che 'esondi' dalle tutele introdotte dalle fonti abilitate ai sensi e per gli effetti della direttiva medesima. Il rischio non è solo che le tutele che si richiedono nei confronti del dipendente impiegato in appalto sconfinino dalle materie di cui all'art. 3 per il distacco di breve durata ma anche che il contratto collettivo di diritto comune, ancorché stipulato dai sindacati comparativamente più rappresentativi, in forza del par. 8, non rientri a pieno titolo tra le fonti abilitate⁴⁰.

Clausole a favore dei lavoratori nei capitolati di appalto di opere pubbliche, in Riv. Dir. Comm., v. VIII, pt. 1, 1910, p. 731.

³⁹ Infatti, «quando il valore dell'appalto di cui trattasi nel procedimento principale supera manifestamente la pertinente soglia d'applicazione della direttiva (sugli appalti pubblici), si deve considerare che tale appalto presenta un interesse transfrontaliero certo», V. CGUE, 11 novembre 2015, C-115/14, *RegioPost GmbH* con nota di G. Carosielli, *La sentenza RegioPost e l'anima "dimezzata" della Corte di giustizia europea nella tutela dei lavoratori impegnati negli appalti pubblici*, Dir. Rel. Ind., 2016, p. 881 ss.

⁴⁰ In verità, il par. 8, come da ultimo modificato dalla dir. 2018/957/Ue, prevede che «in mancanza, o a complemento, di un sistema di dichiarazione di applicazione generale di contratti collettivi (...) gli Stati membri possono avvalersi dei contratti collettivi che sono in genere applicabili a tutte le imprese simili nell'ambito di applicazione territoriale e nella categoria professionale o industriale interessate e/o dei contratti collettivi conclusi dalle organizzazioni delle parti sociali più rappresentative sul piano nazionale e che sono applicati in tutto il territorio nazionale», a condizione che la loro applicazione alle imprese (...) assicuri la parità di trattamento (...) con le imprese che si trovano in una situazione analoga». Si ricorda che l'art. 1, lett. b), n. 2 del d.lgs. n. 122/2020, in sede di recepimento della dir. 2018/957/UE, ha confermato il richiamo, ad opera dell'art. 2, lett. e) del d.lgs. n. 136/2016, ai contratti collettivi di cui all'art. 51, d.lgs. n. 81 del 2015 (con l'esclusione di quelli aziendali). Tuttavia, neanche tale soluzione sembri porsi completamente a riparo da censure in merito alla contrarietà al diritto Ue, a meno di giustificare «previsioni la cui applicazione sia ristretta, ad esempio, agli appalti pubblici o a un certo territorio sulla base dell'esigenza di tutela invocata da questi interessi, che non si rapportano con l'intero settore merceologico, ma con ambiti anche più circoscritti, determinati dalle dinamiche proprie di uno specifico mercato concorrenziale», così F. Pantano, *Le clausole...*, cit., p. 107. V. C. De Marco, *Le principali novità sulla disciplina del distacco dei lavoratori comunitari nel d.lgs. n. 122/2020 nel recepimento*

Per non parlare della presenza 'discreta'⁴¹ - ma dall'impatto potenzialmente dirompente - dell'art. 56 TFUE, soprattutto avuto riguardo all'orientamento liberista manifestato dalla Corte di Giustizia quando, non molto tempo fa, è intervenuta a legittimare lo sfruttamento del vantaggio competitivo rappresentato dal minor costo del lavoro sostenuto dagli operatori economici di altri Stati Ue⁴².

Eppure, le clausole di equo trattamento - se correttamente impiegate - non si atteggiavano quali ostacoli alla libera concorrenza ma, al contrario, finiscono per divenire esse stesse la chiave di una «concorrenza fisiologica (nella misura in cui), selezionando a monte la fonte collettiva applicabile, pongono le offerenti nella medesima condizione di partenza»⁴³.

È certo che il legislatore, ogni qualvolta interviene sulle clausole di trattamento dei lavoratori nei contratti pubblici, si trova a muovere i suoi passi sull'orlo del precipizio: rischia di cadere nell'incostituzionalità per contrasto con l'art. 39 Cost., in conseguenza dell'uso 'disinvolto' che fa dei

della direttiva n. 2018/957, in *Lav. e Prev. Oggi*, 3-4/2021, p. 198; M. Delfino, *Ultima direttiva sul distacco transnazionale dei lavoratori*, *Diritti Lavori Mercati*, 2021, 2, p. 287.

⁴¹ La possibilità per la CGUE di vagliare il contenuto delle clausole sociali negli appalti pubblici alle libertà fondamentali enunciate dai trattati è dibattuta. Infatti, secondo un orientamento consolidato della stessa Corte, qualora una misura nazionale rientri in un settore oggetto di armonizzazione esaustiva o completa a livello dell'Ue operata da fonti del diritto Ue secondarie vincolanti (come nel caso degli appalti pubblici), deve essere valutata in rapporto alla fonte secondaria vincolante e non del diritto primario dei Trattati (v. CGUE, 14 luglio 2016, *Promoimpresa e a.*, C-458/14 e C-67/15, EU:C:2016:558, punto 59). Tale posizione può sostenersi a maggior ragione se si pensa che la direttiva n. 24 ha scelto di espungere dal testo dell'art. 18, par. 2 ogni richiamo alla compatibilità con il diritto UE che, in passato, aveva condotto la Corte a testare la conformità delle clausole sociali nei bandi all'art. 56 TFUE; cfr. M. Pallini, *Diritto europeo e limiti di ammissibilità delle clausole sociali nella regolazione nazionale degli appalti pubblici di opere e servizi*, *Gior. Dir. Lav. Rel. Ind.*, n. 151, 2016, 3, p. 536 che esclude che nel combinato disposto degli artt. 18 e 70 dir. «si possano riscontrare quei caratteri di esaustività della disciplina [...] che consentirebbero di derogare ai fondamenti della libertà di circolazione dei servizi di cui all'art. 56 TFUE».

⁴² Si allude alla sentenza *Bundesdruckerei GmbH c. Stadt Dortmund* (C-549/13), v. nota di S. Guadagno, *(Sub)appalto transnazionale e ambito di applicazione delle norme sul salario minimo*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2015, 2, II, p. 37 ss. Deve, tuttavia, segnalarsi come il Giudice europeo abbia, recentemente, dato prova di saper (e, ciò che più conta, *poter*) ripensare al rapporto tra libertà economiche e diritti sociali, difendendo 'a spada tratta' la scelta del legislatore europeo di tentare - nel contesto della dir. 2018/957/UE - di neutralizzare la concorrenza sul costo del lavoro e indirizzarla, piuttosto, verso altri fattori quali la produttività e l'efficienza. Più in generale, la Corte ha mostrato di ritenere legittimo, con un interessante *obiter dictum*, l'obiettivo perseguito dal diritto derivato di convogliare la libertà di prestazione di servizi «nell'ambito di una concorrenza leale e di misure che garantiscano il rispetto dei diritti dei lavoratori», v. CGUE, 8 dicembre 2020, C-620 (*Ungheria c. Parlamento europeo*); CGUE, 8 dicembre 2020, C-626 (*Repubblica di Polonia c. Parlamento europeo*).

⁴³ P. Tullini, *Concorrenza ed equità nel mercato europeo: una scommessa difficile (ma necessaria) per il diritto del lavoro*, *Riv. It. Dir. Lav.*, fasc. 2, 2018, p. 199.

ccnl *leader*⁴⁴ e dell'artificiosa definizione dei perimetri applicativi⁴⁵; e con l'art. 41 Cost. perché appone dei limiti significativi alla libertà di iniziativa economica privata degli operatori economici. Al contempo, fatica a non perdere l'equilibrio innanzi allo strapiombo rappresentato dalla normativa sul distacco transnazionale e si espone alla costante minaccia di un 'capriccioso' test di proporzionalità ad opera del Giudice europeo, riservato alle tutele del lavoro nazionali che siano tacciate d'essere restrizioni alla libertà di circolazione dei servizi.

Ma se è vero che la normativa sul trattamento dei lavoratori in appalto non è sufficiente – in quanto non può, da sola, supplire ad un sistema improntato alla legalità, presidiato, trasparente e 'sicuro' anche per i lavoratori – è altrettanto vero che la stessa ha dato prova, in tempi difficili, di poter impattare profondamente sulle condizioni di lavoro del personale e, ancor prima, di contribuire – per mezzo dell'innescò di una spirale virtuosa – all'equità del mercato (o, quantomeno, di *quel* segmento).

⁴⁴ A tacere, ancora, della cattiva *performance* resa da taluni contratti collettivi stipulati da parti sociali comparativamente maggiormente rappresentative che si ripercuote anche sull'appalto pubblico. Emblematica, a tal proposito, la vicenda che ha interessato il CCNL Istituti di vigilanza privata – Parte speciale Servizi fiduciari sottoscritto Agci, Anivip, Assiv, Assvigilanza, Confcooperative, Legacoop, Univ, Federlavoro, Filcams Cgil, Fisascat Cisl, Uiltucs. La retribuzione del personale, sancita dall'art. 23, è stata dichiarata non conforme all'art. 36 Cost. perché inferiore al tasso Istat indicativo della soglia di povertà (Corte d'appello di Milano, 19 settembre 2022, n. 626).

⁴⁵ Ancorché, la stessa relazione illustrativa al codice già citata, nel commento all'art. 11, confessa di lasciare davanti a sé «aperta la questione, altrettanto centrale, 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».