

La tutela del lavoro nei contratti pubblici attraverso le clausole sociali*

Walter Giulietti

SOMMARIO: 1. La tensione tra libertà di impresa, concorrenza e protezione sociale nei contratti pubblici. – 2. Applicazione dei contratti collettivi ai contratti pubblici. – 3. Le clausole dirette alla stabilità occupazionale. – 4. Incidenza della clausola sociale nella fase di formazione del contratto pubblico. – 5. La verifica di anomalia dell'offerta. – 6. Le questioni sull'adempimento delle clausole sociali.

1. *La tensione tra libertà di impresa, concorrenza e protezione sociale nei contratti pubblici*

La permeabilità della disciplina dei contratti pubblici a interventi regolatori di carattere sociale inerenti la protezione dei lavoratori si è affermata nell'ordinamento interno già in epoca risalente, trovando fondamento negli artt. 35, 39 e 41 Cost. e ponendosi in antagonismo con la libertà di iniziativa economica privata ed i principi di non discriminazione e concorrenza che oggi costituiscono valori fondamentali della costituzione economica europea e nazionale.

È evidente come la protezione dei lavoratori, realizzata attraverso la fissazione unilaterale da parte dell'amministrazione delle condizioni del contratto, anche rinviando alla contrattazione collettiva, incida sulla libertà di iniziativa economica degli operatori, entrando in tensione, in particolare, con l'efficienza del sistema competitivo a cui i contratti pubblici sono sottoposti¹.

* Questo saggio è stato realizzato nell'ambito del progetto «*WORKING POOR N.E.E.D.S.: New Equity, Decent work and Skills*», CUP G24119002630001, finanziato a valere del programma PRIN 2017.

¹ Parere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato 11 dicembre 2015 prot. n. 722361, espresso sul disegno di legge che ha portato all'attuale formulazione dell'articolo 50, in cui essa evidenzia come la clausola sociale diminuisca «sensibilmente i benefici del confronto competitivo» e possa «scoraggiare la partecipazione alla gara, limitando indebitamente la platea dei partecipanti».

Stante il descritto antagonismo tra valori protetti sia dall'ordinamento interno, sia da quello europeo, il punto di equilibrio consiste nel fissare di soluzioni regolatorie idonee a contemperare gli interessi coinvolti², cosicché nei limiti della proporzionalità l'apposizione di clausole sociali è stata ritenuta compatibile con i principi di non discriminazione e concorrenza³, trovando ora fondamento in questi termini nello stesso diritto europeo.

Nell'ordinamento nazionale, in particolare, pur già presenti in discipline di settore⁴, le clausole di equo trattamento (cd. clausola di prima generazione) sono state generalizzate ed imposte come regola per qualsiasi pubblica amministrazione dall'art. 36, l. 20.5.1970, n. 300 (Statuto dei lavoratori) in riferimento agli appalti di opere⁵. D'altra parte, la c.d. clausola di riassunzione (cd. clausola di seconda generazione), anch'essa contenuta in alcune normative settoriali, è stata ampiamente fatta propria dalla contrattazione collettiva, prima di un pieno e generalizzato riconoscimento nella disciplina sugli appalti.

L'art. 69 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, adottato in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, ha previsto la possibilità che per esigenze sociali o ambientali le stazioni appaltanti potessero porre condizioni particolari per l'esecuzione del contratto, purché «compatibili con il diritto comunitario e, tra l'altro, con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, e purché siano precisate nel bando di gara, o nell'invito in caso di procedure senza bando, o nel capitolato d'oneri». Per contro, sono state ritenute incostituzionali, prima che violative del diritto sovranazionale, soluzioni in tema di assorbimento della manodopera ispirate all'automatismo ed alla protezione integrale della stabilità della manodopera a scapito della libertà di iniziativa economica⁶.

² E. Ghera, *Le c.d. clausole sociali: evoluzione di un modello di politica legislativa*, in *Dir. relaz. ind.*, 2001, 133 ss.

³ C. giust., 9 dicembre 2004, C-460/02, Commissione c. Repubblica italiana; C. Giust., 14 luglio 2005, C-386/03, Commissione c. Repubblica di Germania.

⁴ In epoca risalente l'art. 26, R.D. 8 gennaio 1931 n. 148 sul «trattamento giuridico-economico del personale delle ferrovie, tramvie e linee di navigazione interna in regime di concessione». Successivamente l. 2 agosto 1952, n. 1305, di recepimento della convenzione OIL n. 94/1949 e l'art. 36 dello Statuto dei Lavoratori. Più in generale nella disciplina pattizia posta dalla contrattazione collettiva dei settori tipicamente connotati dalle problematiche del «cambio di appalto». M. Montini, *La tutela del lavoro nella contrattazione pubblica*, in LPA, 2015, 647.

⁵ Art. 36 (Obblighi dei titolari di benefici accordati dallo Stato e degli appaltatori di opere pubbliche) Nei provvedimenti di concessione di benefici accordati ai sensi delle vigenti leggi dallo Stato a favore di imprenditori che esercitano professionalmente un'attività economica organizzata e nei capitolati di appalto attinenti all'esecuzione di opere pubbliche, deve essere inserita la clausola esplicita determinante l'obbligo per il beneficiario o appaltatore di applicare o di far applicare nei confronti dei lavoratori dipendenti condizioni non inferiori a quelle risultanti dai contratti collettivi di lavoro della categoria e della zona.

⁶ Corte cost., 3 marzo 2011, n. 68, ha dichiarato l'illegittimità laddove la norma regionale introduce uno strumento diverso dalla «clausola sociale», in quanto non si limita a prevedere il mantenimento in servizio

È a partire dalle recenti direttive del 2014 che, al di là dell'obiettivo di assicurare la concorrenza in materia di contratti delle pubbliche amministrazioni, è stata rafforzata dalla normativa europea la posizione di favore nei confronti del perseguimento di politiche sociali, ambientali e di innovazione attraverso la disciplina dei contratti pubblici ed in particolare attraverso la previsione della necessaria apposizione di specifiche condizioni contrattuali per garantirne la tutela.

Alla luce, in particolare, del combinato disposto degli artt. 18, 67 e 70, dir. 2014/24/UE, sulla scorta dei "considerando" 37 e 39, è stato previsto che le discipline nazionali pongano norme a garanzia dei lavoratori, sia nella fase di aggiudicazione, sia in quella di esecuzione dei lavori.

L'art. 18, § 2 dispone un generale dovere per gli Stati membri di «adottare misure adeguate a garantire che gli operatori economici, nell'esecuzione di appalti pubblici, rispettino gli obblighi applicabili in materia di diritto sociale e del lavoro stabiliti dal diritto dell'Unione, dal diritto nazionale, da contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro elencate nell'allegato X». L'art. 70, dir. 2014/24/UE stabilisce, inoltre, che «le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere condizioni particolari in merito all'esecuzione dell'appalto, purché collegate all'oggetto dell'appalto ai sensi dell'articolo 67, § 3, e indicate nell'avviso di indizione di una gara o nei documenti di gara. Dette condizioni possono comprendere valutazioni economiche, legate all'innovazione, di ordine ambientale, sociale o relative all'occupazione». Nel considerando 37 si osserva al riguardo che «è particolarmente importante che gli Stati membri e le amministrazioni aggiudicatrici adottino misure pertinenti per garantire il rispetto degli obblighi in materia di diritto [...] sociale e del lavoro che si applicano nel luogo in cui i lavori sono eseguiti e derivanti da [...] contratti collettivi purché tali norme, nonché la loro applicazione, siano conformi al diritto dell'Unione. [...] Tuttavia, ciò non dovrebbe in alcun modo impedire l'applicazione di condizioni di lavoro e di occupazione che siano più favorevoli ai lavoratori»⁷.

Nel diritto interno le "clausole sociali" sono definite «disposizioni che impongono a un datore di lavoro il rispetto di determinati standard di protezio-

di personale già assunto, ma stabilisce in modo automatico e generalizzato l'«assunzione a tempo indeterminato» del personale già «utilizzato» dalla precedente impresa o società affidataria dell'appalto.

⁷ In tema di tensioni tra esigenze sociali ai sensi della disciplina generale dei contratti pubblici e quella del PNRR, D. Capotorto, *Giustizia sociale e pari opportunità nei contratti pubblici per la ripresa post-pandemica*, in *Nuove autonomie*, 2021, 799 ss. L'A. esprime perplessità sulla razionalità complessiva del sistema, osservando che «non si ravvisano infatti ragioni giustificatrici che inducano a far coesistere sistemi che mirano a favorire il ricambio generazionale nelle maestranze (appalti del PNRR e del PNC), con sistemi che invece l'ostacolano imponendo criteri di preferenza a tutela della conservazione della stabilità occupazionale del personale già impiegato, anche a discapito dell'inserimento di giovani o di personale appartenente al genere sottorappresentato (appalti tradizionali ricadenti nell'ambito di applicazione dell'art. 50 del d.lgs. n. 50/2016)».

ne 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»⁸. Due sono, in particolare, le previsioni contenute nel Codice dei contratti pubblici adottato con d.lgs. n. 50 del 2016 finalizzate recepire la normativa europea per la tutela dei lavoratori impiegati nell'esecuzione dei relativi rapporti.

La prima è quella contenuta nell'ambito dell'enunciazione dei principi all'art. 30, c. 4, inerente all'applicazione dei contratti collettivi; l'altra è l'art. 50 relativa alla previsione delle cd. clausole sociali nel bando, ovvero negli altri atti introduttivi della selezione del contraente, nonché nei successivi rapporti contrattuali.

Le due previsioni, pur autonome, sono reciprocamente finalizzate alla definizione del difficile equilibrio tra libertà d'impresa e tutela dei lavoratori nell'ambito dei rapporti contrattuali tra operatori economici e pubbliche amministrazioni in cui vi sia impiego di manodopera⁹. In materia l'Anac ha approvato, ai sensi dell'articolo 213, c. 2 d.lgs. n. 50 del 2016, le Linee Guida n. 13 del 2019 recanti «La disciplina delle clausole sociali»¹⁰ allo scopo di fornire un supporto interpretativo alle predette norme del Codice dei contratti pubblici¹¹.

2. *Applicazione dei contratti collettivi ai contratti pubblici*

La salvaguardia dei livelli retributivi e più ampiamente la protezione dei lavoratori è inserita tra i principi fondamentali della contrattualistica pubblica, disponendo l'art. 30, c. 4 cod. contr. pubbl. 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».

La disposizione ha un valore fondamentale, non solo nell'imporre per la regolazione dei rapporti di lavoro l'applicazione da parte dell'operatore economico aggiudicatario di un «contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore», ma per la rilevanza pubblicistica che scaturisce da tale obbligo e soprattutto per l'incidenza della sua corretta esecuzione nel rapporto contrattuale tra stazione appaltante e impresa.

⁸ Art. 3, comma 1 lettera qqq) del cod. contr. pubbl.

⁹ Cons. Stato, sez. V, 2 novembre 2020, n. 6761.

¹⁰ Delibera del Consiglio dell'Autorità n. 114 del 13 febbraio 2019.

¹¹ Come premesso nello stesso testo delle Linee guida le stesse contengono indicazioni circa le modalità di applicazione e di funzionamento dell'istituto della clausola sociale, da considerare non vincolanti.

È su questa norma di principio che si inquadrano, sia l'obbligatorietà della cd. clausola sociale di cui all'art. 50 cod. contr. pubbl., sia gli effetti che essa spiega, tanto nella fase di formazione, che soprattutto in quella dell'esecuzione del contratto.

È stato così evidenziato come la fissazione dell'obbligo dell'applicazione dei contratti collettivi miri a scongiurare il rischio che l'applicazione del principio di libera concorrenza vada ad impattare negativamente sul trattamento retributivo dei lavoratori impiegati nell'appalto¹² e che l'estensione della libertà imprenditoriale si spinga sino al punto di vanificare le esigenze di tutela dei lavoratori, pena la legittimazione di politiche aziendali di *dumping* sociale in grado di vanificare sia gli obiettivi di tutela del lavoro, ma anche la stessa corretta dinamica competitiva. In questo senso la giurisprudenza non manca di evidenziare che il rispetto della contrattazione collettiva, inderogabile nella parte in cui fissa i minimi retribuiti, è «volta a garantire che la procedura competitiva si svolga sulla base di regole chiare ed imparziali senza possibilità di alterazione delle condizioni fissate in partenza; condizioni alle quali tutti i partecipanti devono attenersi nella loro concreta applicazione, pena, in mancanza, la creazione di pericolosi percorsi elusivi, che finiscono per mascherare l'alterazione dei meccanismi concorrenziali dietro l'egida della libertà di organizzazione imprenditoriale»¹³. Tutto ciò, salvaguardando il principio per cui il costo del personale deve rimanere una variabile su cui fondare il confronto concorrenziale.

La giurisprudenza è consolidata nell'affermare, proprio alla stregua del limite dettato dai principi del diritto dell'Unione europea, come la clausola sociale non possa imporre l'applicazione di uno specifico contratto collettivo nazionale di lavoro¹⁴, ancorché utilizzato dal precedente aggiudicatario, quanto piuttosto imporre che la scelta del contratto collettivo nazionale di lavoro applicabile sia dichiarata in sede di offerta fra i contratti collettivi di settore¹⁵. Non rientra pertanto nella discrezionalità dell'amministrazione appaltante quella di imporre o di esigere un determinato contratto collettivo nazionale di lavoro, tanto più qualora una o più tipologie di contratti collettivi possano anche solo astrattamente adattarsi alle prestazioni oggetto del servizio da affidare, derivandone ulteriormente

¹² Tar Campania, Salerno, 19 giugno 2020, n. 689.

¹³ Tar. Puglia, sez. I, Bari, 9 luglio 2015, n. 983.

¹⁴ Cons. Stato, sez. VI, 20 ottobre 2020, n. 6336. Resta fermo che la libertà imprenditoriale non è assoluta, ma incontra il limite logico, ancor prima che giuridico in senso stretto, della necessaria coerenza tra il contratto che in concreto si intende applicare (e in riferimento al quale si formula l'offerta di gara) e l'oggetto dell'appalto; la scelta del contratto collettivo di lavoro applicabile al personale dipendente, che diverge insensibilmente, per coerenza e adeguatezza, da quanto richiesto dalla stazione appaltante in relazione ai profili professionali ritenuti necessari, è idonea di per sé a determinare una ipotesi di anomalia, riflettendosi sulla possibilità di formulare adeguate offerte sotto il profilo economico incoerenti o incompatibili essendo i profili professionali di riferimento.

¹⁵ Tar Puglia, Lecce, 19 aprile 2019, n. 684.

che la mancata applicazione di uno specifico contratto collettivo nazionale di lavoro non può essere a priori sanzionata dalla stazione appaltante con l'esclusione¹⁶.

Così, fermo restando il riferimento ad un contratto collettivo per la regolazione dei rapporti di lavoro e l'inderogabilità dei minimi stipendiali in esso previsti, la scelta in ordine a quello da applicare rientra nelle prerogative di organizzazione dell'imprenditore e nella libertà negoziale delle parti, con limite che nel suo ambito oggettivo di applicazione esso risulti «strettamente connesso» con l'oggetto dell'appalto o della concessione¹⁷. Inoltre, esso deve essere stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale ed essere in vigore per il settore o la zona nella quale si eseguono le prestazioni.

In merito alla prima condizione, l'art. 30, c. 4 cod. contr. pubbl. impone la verifica della coerenza, in termini di «stretta connessione», tra l'attività oggetto dell'appalto e l'ambito di applicazione del C.C.N.L. indicato dall'impresa appaltatrice¹⁸. Un inquadramento dei lavoratori, pur in astratto possibile, deve essere coerente alle diverse mansioni assegnate ed effettivamente svolte. Pertanto, non è possibile prospettare un'apparente differente organizzazione del servizio all'esclusivo fine di conseguire un risparmio in termini di spesa, non giustificato né giustificabile in ragione dell'invarianza sostanziale della funzione assegnata al dipendente, anche in relazione all'esperienza nel settore già conseguita, così come previsto dalla contrattazione collettiva¹⁹.

In base a questo principio, solamente in casi eccezionali l'applicazione di uno specifico contratto può essere indicata nella legge di gara, anche a pena di esclusione, purché però tale clausola risponda ad una ferrea logica di correlazione tra requisiti da indicare e prestazioni da appaltare²⁰. In questi termini, valorizzando la condizione della «stretta connessione», nonché altri criteri del c. 4 dell'art. 30 cod. contr. pubbl., in dottrina si osserva che si potrebbe giungere «all'individuazione di un preciso e determinato contratto collettivo, che dovrà trovare applicazione, in fase esecutiva, ai lavoratori impiegati nel contratto»²¹.

Il punto di equilibrio può essere così riassunto: le garanzie, così come le migliori condizioni contrattuali in favore dei lavoratori, sono un risultato tenden-

¹⁶ Cons. Stato, sez. V, 13 luglio 2020, n. 4515.

¹⁷ Cons. Stato, sez. V, 1 marzo 2017, n. 932.

¹⁸ Cons. Stato, Sez. V, 17 gennaio 2018, n. 276.

¹⁹ Tar Puglia, sez. I, Bari, 9 luglio 2015, n. 983.

²⁰ Cons. Stato, sez. V, 5 ottobre 2016, n. 4109.

²¹ E. Caruso, *La funzione sociale nei contratti pubblici. Oltre il primato della concorrenza*, Napoli, 2021, 426. Tale interpretazione più restrittiva sul principio della concorrenza, rispetto a quella fornita dalla giurisprudenza tradizionale, oltre ai riferimenti normativi citati nel testo, è ritenuta fondarsi sul principio del buon andamento, laddove la stretta connessione intercorre tra l'esecuzione della prestazione e l'adeguatezza dei profili professionali dei lavoratori che può essere assicurata dallo specifico contratto collettivo.

ziale da doversi conseguire mediante l'applicazione di uno tra i contratti collettivi di settore stipulato dalle organizzazioni maggiormente rappresentative e legato da un nesso di «stretta connessione» con l'oggetto del contratto.

Va incidentalmente osservato che problematico è altresì verificare la condizione che il contratto collettivo sia sottoscritto dalle organizzazioni comparativamente maggiormente rappresentative sul piano nazionale (art. 30, co. 4, CCP), laddove quest'ultima non sempre appare di per sé idonea a selezionare adeguatamente il contratto da assumere come punto di riferimento e, quindi, non appare in grado di contenere l'effetto di scaricare la concorrenza tra le imprese sul costo del lavoro²².

È stato evidenziato in questo senso che, nell'assenza di una legge specificamente deputata a regolamentare la misurazione della rappresentatività delle organizzazioni, non «esistono al momento strumenti idonei a pesare in maniera certa e oggettiva il “peso” di ciascuna organizzazione e, di conseguenza, la possibilità di annoverare il contratto collettivo tra quelli a cui la disposizione legale rinvia». Così se la molteplicità dei contratti collettivi di categoria, permettendo la scelta del datore di lavoro, si pone come uno dei fattori principali della competizione per l'aggiudicazione dell'appalto pubblico «offrendo un vantaggio a quelle imprese che, legittimamente in relazione all'attuale assetto del nostro sistema sindacale, dovessero scegliere di applicare, tra i vari possibili, quello che riconosca ai lavoratori, a parità di mansioni svolte e tenendo conto delle peculiarità dell'attività oggetto della gara, i trattamenti più bassi», sono altrettanto evidenti i rischi sull'effettività della tutela della frammentazione della contrattazione collettiva di categoria in un numero elevatissimo di contratti collettivi nazionali, più o meno qualificabili come tali²³.

3. *Le clausole dirette alla stabilità occupazionale*

Le norme in tema di clausole sociali cd. di protezione, dirette a favorire la stabilità occupazionale, disciplinano due ipotesi differenti²⁴.

La prima ricorre allorquando l'obbligo di mantenimento del rapporto lavorativo in essere in caso di cambio di appaltatore sia prevista direttamente dal contratto collettivo. In questi casi l'amministrazione, in forza della previsione di cui all'art. 30 d.lgs. 50 del 2016, è tenuta a prevedere il transito dei dipendenti dal vecchio al nuovo appaltatore, senza che il nuovo appaltatore possa opporre la libertà di iniziativa economica per ottenere un'applicazione flessibile di tale obbli-

²² I. Alvino, *Clausole sociali, appalti e disgregazione della contrattazione collettiva*, in *Lavori, Diritti, Europa*, 2021, 4.

²³ S. Ciucciuvino, *Fisiologia e patologia del pluralismo contrattuale tra categoria sindacale e perimetri settoriali*, in *Lav. dir.*, 2020, 185.

²⁴ Linee guida Anac, n. 13 del 2019, pt. 4, «Il rapporto con i contratti collettivi».

go. Le stesse clausole dei contratti collettivi che disciplinano il “cambio appalto” con l’obbligo del mantenimento dell’assetto occupazionale e delle medesime condizioni contrattuali ed economiche vincolano l’operatore economico, non già in qualità di aggiudicatario della gara, ma solo se imprenditore appartenente ad associazione datoriale firmataria del contratto collettivo; soltanto a queste condizioni la clausola, frutto dell’autonomia collettiva, ove più stringente, prevale anche, sulla clausola contenuta nel bando di gara.

Pertanto, nei settori in cui la clausola di salvaguardia dell’occupazione è già specificamente ed analiticamente inserita in termini tassativi ed inderogabili nella contrattazione collettiva, la clausola sociale prevista dal d.lgs. n. 50 del 2016 non può sovrapporsi per il carattere di specificità del contratto collettivo di lavoro²⁵.

La seconda ipotesi riguarda invece quei casi in cui il contratto collettivo di lavoro non contenga alcuna previsione sulla conservazione del posto in caso di subentro negli appalti. Tale fattispecie, disciplinata dall’art. 50 d.lgs. n. 50 del 2016, impone il bilanciamento tra l’esigenza di conservazione del posto e la libertà di iniziativa economica del datore di lavoro. Si tratta di una valutazione discrezionale che in passato atteneva anche all’*an* dell’inserimento della clausola sociale ed oggi attiene, almeno per i contratti ad alta intensità di manodopera, esclusivamente al *quomodo*, ma che può essere sindacata nella sua formulazione dal giudice amministrativo²⁶.

La previsione è specificamente finalizzata a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato mediante la previsione del dovere in capo alla stazione appaltante di «inserire» nel bando, negli avvisi o negli inviti specifiche «clausole sociali», prevedendo in esse «l’applicazione da parte dell’aggiudicatario, dei contratti collettivi di settore di cui all’articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81»²⁷. La violazione del suddetto dovere, introdotto dal correttivo al codice, costituisce violazione di legge e determina l’illegittimità dell’eventuale bando o altro atto di invito emesso in assenza di clausola sociale.

Al fine di consentire un controllo sul corretto adempimento da parte della stazione appaltante, la norma delimita, da un lato, l’ambito applicativo della previsione, riservandolo ovviamente ai contratti ove v’è impiego diretto di manodopera ad «alta intensità», dall’altro, indica in maniera piuttosto elastica ed in prospettiva teleologica il contenuto.

²⁵ Corte Appello, Catanzaro, sez. lav., 4 novembre 2020, n. 886.

²⁶ Tar Liguria, sez. II, 21 luglio 2017, n. 640.

²⁷ L’art. 50 considera, in particolare, gli affidamenti di appalti e concessioni di lavori e di servizi, con espressa esclusione degli appalti di fornitura e, sulla base delle linee guida Anac, anche degli appalti di natura occasionale. Sono ulteriormente esclusi espressamente gli appalti di natura intellettuale. Per servizi di natura intellettuale, si intendono, secondo un approccio sostanziale, i servizi che richiedono lo svolgimento di prestazioni professionali, svolte in via eminentemente personale, laddove il servizio non ha natura intellettuale per il solo fatto di essere prestato da personale soggetto all’obbligo di iscrizione in albi professionali.

I servizi ad alta intensità di manodopera sono quelli nei quali il relativo costo è pari almeno al 50% dell'importo totale del contratto. Laddove l'oggetto del contratto comprenda in modo scindibile sia prestazioni afferenti ad attività assoggettate all'obbligo di previsione della clausola sociale, sia prestazioni non soggette a tale obbligo, la clausola sociale si applica limitatamente alle attività ricadenti nell'obbligo di previsione delle stesse.

Inoltre, ai sensi dell'articolo 36 cod. contr. pubbl. il regime delle clausole sociali trova applicazione negli affidamenti sotto soglia²⁸, nonché nei settori speciali in considerazione del richiamo operato dall'articolo 114, comma 1 alla disciplina contenuta negli articoli da 1 a 58.

In merito al contenuto delle clausole sociali la norma non fornisce specifiche indicazioni, ponendo piuttosto il fine di promuovere ovvero la stabilità occupazionale del personale impiegato. In ogni caso, clausola sociale non può comportare «alcun obbligo per l'impresa aggiudicataria di un appalto pubblico di assumere a tempo indeterminato ed in forma automatica e generalizzata, nonché alle medesime condizioni, il personale già utilizzato dalla precedente impresa o società affidataria, ma solo che l'imprenditore subentrante salvaguardi i livelli retributivi dei lavoratori riassorbiti in modo adeguato e congruo»²⁹.

Si sostiene in questo senso che la clausola debba essere intesa «in maniera elastica e non rigida, rimettendo all'operatore economico concorrente finanche la valutazione in merito all'assorbimento dei lavoratori impiegati dal precedente aggiudicatario», anche perché solo in questi termini essa è conforme alle indicazioni della giurisprudenza amministrativa secondo la quale «l'obbligo di mantenimento dei livelli occupazionali del precedente appalto va temperato con la libertà d'impresa e con la facoltà in essa insita di organizzare il servizio in modo efficiente e coerente con la propria organizzazione produttiva, al fine di realizzare economie di costi da valorizzare a fini competitivi nella procedura di affidamento dell'appalto»³⁰. In questi termini, la stazione appaltante può fissare percentuali di riassorbimento nel bando nella misura e nei limiti in cui sia compatibile con il fabbisogno richiesto dalla esecuzione del nuovo contratto e con la pianificazione

²⁸ Art. 36 c. 1 ultimo periodo «Le stazioni appaltanti applicano le disposizioni di cui all'articolo 50», modificato dall'art. 8, comma 5, lettera 0a-bis), della legge n. 120 del 2020.

²⁹ «L'obbligo di garantire ai lavoratori già impiegati le medesime condizioni contrattuali ed economiche non è assoluto né automatico». Così, Cons. Stato, sez. V, 12 settembre 2019, n. 6148.

³⁰ In particolare, Cons. Stato, sez. V, 2, novembre, 2020, n. 6761. Ampia è la giurisprudenza che sostiene questa posizione Cons. Stato, sez. V, 12 settembre 2019, n. 6148; sez. VI, 21 luglio 2020, n. 4665; sez. IV, 24 luglio 2019, n. 5243; sez. V, 12 febbraio 2020, n. 1066; sez. V, 10 giugno 2019, n. 3885; sez. III, 30 gennaio 2019, n. 750; sez. III, 29 gennaio 2019, n. 726; sez. III, 18 settembre 2018, n. 5444; sez. V, 5 febbraio 2018, n. 731; sez. V, 17 gennaio 2018 n. 272; sez. III 5 maggio 2017, n. 2078; sez. V 7 giugno 2016, n. 2433; sez. III, 30 marzo 2016, n. 1255.

e l'organizzazione definita dal nuovo assuntore, ma non già imporre il totale riasorbimento dei lavoratori impiegati dal precedente appaltatore.

In tema, una lettura più rigorosa coerente con il ruolo assegnato ai meccanismi di tutela sociale suggerisce che non dovrebbe essere sufficiente invocare la libertà di impresa onde giustificare un'applicazione flessibile della clausola sociale, bensì l'eventuale flessibilità, nei limiti in cui possa essere consentita, dovrebbe essere motivata in ragione della ricerca della maggior garanzia ed efficacia della prestazione in favore dell'amministrazione.

4. *Incidenza della clausola sociale nella fase di formazione del contratto pubblico*

È noto che le clausole sociali di cui si è discusso, sia relative all'equo trattamento, sia alla stabilità occupazionale, sono riconducibili ad obblighi orizzontali³¹ ed incidono sulla struttura del contratto in termini di condizioni di esecuzioni poste direttamente dalla legge, o in forza di essa per tramite dell'amministrazione.

Sebbene la loro efficacia si determini pienamente nella fase esecutiva, se ne deve evidenziare, già in ragione del dato positivo, la rilevanza anche nella fase della formazione del contratto, ferma rimanendo l'ormai consolidata e positivizzata incidenza nella verifica dell'anomalia.

Da un lato l'art. 94 c. 2 cod. contr. pubbl. dispone che «La stazione appaltante può decidere di non aggiudicare l'appalto all'offerente che ha presentato l'offerta economicamente più vantaggiosa, se ha accertato che l'offerta non soddisfa gli obblighi di cui all'articolo 30, comma 3», dall'altro, l'art. 95 c. 10 cod. contr. pubbl. prevede che «nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro ad esclusione delle forniture senza posa in opera, dei servizi di natura intellettuale e degli affidamenti ai sensi dell'articolo 36, comma 2, lettera a). Le stazioni appaltanti, relativamente ai costi della manodopera, prima dell'aggiudicazione procedono a verificare il rispetto di quanto previsto all'articolo 97, comma 5, lettera d)».

Sul piano pubblicistico occorre quindi considerare che il dovere di applicare una clausola sociale ha un'incidenza sia nella fase di formazione, sia in quella di esecuzione del contratto della pubblica amministrazione.

Ferma la possibile illegittimità del bando o della lettera di invito per mancato inserimento della clausola sociale, ove imposta dalla normativa, la sua previsione negli atti di gara implica in capo al partecipante alla procedura di selezio-

³¹ E. Caruso, *La funzione sociale nei contratti pubblici*, cit., 135 ss.

ne un onere di dichiarazione ed esplicitazione delle modalità di adempimento a quanto in essa contenuto³².

In sede di presentazione dell'offerta è ritenuto onere del partecipante indicare il contratto collettivo ed aderire alla clausola sociale. Inoltre, il partecipante deve presentare in sede di offerta, secondo quanto chiarito nelle Linee guida n. 13 approvate dall'Anac con delibera n. 114 del 13 febbraio 2019, un «piano di compatibilità» o «progetto di assorbimento», al fine di dimostrare come ed entro quali limiti «l'offerente, ove aggiudicatario, intenda rispettare la clausola sociale», tale da configurarsi come «una vera e propria proposta contrattuale [...] che contenga gli elementi essenziali del nuovo rapporto in termini di trattamento economico e inquadramento, unitamente all'indicazione di un termine per l'accettazione», con conseguente possibilità per il lavoratore di «previa individuazione degli elementi essenziali del contratto di lavoro»³³.

Stante, come osservato, l'ampia discrezionalità del concorrente in ordine alle modalità di adempimento della clausola sociale, diventa rilevante per l'ammissione o l'esclusione del concorrente la mera presentazione del progetto di assorbimento, dovendosi ritenere che la mancata presentazione consista in un'offerta condizionata e quindi inammissibile. Nell'offerta il concorrente, pertanto, deve inserire un progetto di assorbimento che illustri le concrete modalità di applicazione della clausola sociale (numero dei lavoratori, inquadramento e trattamento economico) a pena di esclusione dalla gara³⁴.

Resta problematica la possibilità di ricorrere al soccorso istruttorio in caso di mancata presentazione di quanto previsto dalla clausola sociale.

In senso favorevole depone quanto previsto nelle Linee guida n. 13 del 2019 al pt. 3.5 ove si stabilisce che la mancata presentazione del progetto, anche a seguito dell'attivazione del soccorso istruttorio, equivale a mancata accettazione della clausola sociale con la conseguente esclusione dell'offerta. Diversamente, ove le modalità di adempimento della clausola sociale siano anche oggetto di valutazione in sede di offerta tecnica, pur nei limiti di seguito specificati, ai sensi della normativa vigente e per il rispetto della *par condicio* non è ammesso il soccorso istruttorio.

Aspetto controverso è la possibilità, da ultimo citata, che la stazione appaltante possa inserire tra i criteri di valutazione dell'offerta la formulazione del piano di compatibilità, assegnando un punteggio maggiore in senso premiale all'offerta che realizzi in maniera tendenzialmente piena il fine della stabilità occupazionale

³² Il tema delle modalità di attuazione della clausola sociale è stato peraltro affrontato dal Consiglio di Stato in sede consultiva, con il parere già citato reso sulle Linee guida dell'Anac relative all'applicazione dell'art. 50 d.lgs. n. 50 del 2016. Vds. Cons. Stato, Ad. comm. spec., parere 26 ottobre 2018, n. 2703.

³³ Cons. Stato, parere n. 2703 del 2018, cit.

³⁴ Relazione illustrativa alle Linee guida n. 13 approvate dall'Anac con delibera n. 114 del 13 febbraio 2019, in *www.anac.it*, 14.

e più ampiamente l'adeguatezza retributiva. Sul punto la giurisprudenza ha ritenuto sussistere la possibilità sul presupposto che il bando riservi un punteggio tale da non rendere preponderante la valutazione di tale elemento. Si è evidenziato al riguardo come «il bando di gara che, oltre ad imporre mediante clausola sociale un riassorbimento pari al 50 per cento dei lavoratori impiegati dal precedente gestore del servizio, individui quale criterio di attribuzione di punteggio nella valutazione dell'offerta il massimo riassorbimento del restante personale, realizza di fatto una violazione del divieto per la stazione appaltante di prevedere obblighi di riassunzione che limitino eccessivamente la libera iniziativa economica dell'operatore concorrente»³⁵. Sotto questo profilo, recentemente il Consiglio di Stato, Sez. V, 20 ottobre 2021, n. 7053 ha affermato che la valorizzazione di criteri sociali nella scelta del contraente non risulti incoerente con l'oggetto del contratto, prendendo viceversa in considerazione aspetti relativi alla politica generale dell'impresa o altri aspetti estranei al programma contrattuale. Tuttavia, l'attribuzione di un punteggio premiale deve essere rispettosa del principio di proporzionalità senza incidere in maniera preponderante sul punteggio complessivo³⁶.

Fermo restando dunque che quanto dichiarato dal partecipante sarà giuridicamente vincolante in sede esecutiva in caso di aggiudicazione, i relativi contenuti, possono spiegare effetti nella formazione del contratto, oltre quello sinora detto, soprattutto nell'eventuale verifica dell'anomalia.

³⁵ Cons. Stato, sez. VI, 24 luglio 2019, n. 5243, ove si specifica che l'imposizione di riassumere, a pena di esclusione dalla gara, il 50% dei lavoratori impiegati dal precedente gestore del servizio ed il contestuale operare di tale clausola e del criterio di valutazione dell'offerta tecnica volto a premiare la riassunzione del maggior numero dei detti lavoratori, con l'assegnazione di un punteggio pari alla metà (25 punti) di quello complessivamente attribuibile, al concorrente che si fosse impegnato a riassorbire tutto il restante 50% del personale in parola, «produce effetti sostanzialmente analoghi a quelli di una clausola sociale di riassunzione pressoché totalitaria, con la conseguenza di condizionare in maniera significativa e oltremodo rilevante le scelte dell'imprenditore in ordine alle modalità più appropriate di allocazione dei fattori della produzione in base all'organizzazione d'impresa prescelta, imponendogli, così, un vincolo incompatibile con la libertà d'impresa, poiché idoneo a comprimere i valori di cui all'articolo 41, Cost. in modo eccessivo rispetto a quanto ragionevolmente esigibile nei confronti dell'operatore economico, il quale finirebbe per dover impropriamente assumere obblighi sostanzialmente riconducibili alle politiche attive del lavoro (Cons. Stato, Sez. V, 28/8/2017, n. 4079). In definitiva la congiunta applicazione delle due prescrizioni di gara (cinquanta più cinquanta) produce sostanzialmente l'effetto di aggirare il divieto di prevedere clausole sociali che impongano l'integrale riassorbimento del personale utilizzato dall'appaltatore uscente». In tema, Cons. Stato, Sez. V, 3 novembre 2020, n. 6786; Cons. Stato, Sez. V, 23 luglio 2018, n. 4443.

³⁶ B. Rabai, *Public procurement e clausole sociali. Un nuovo equilibrio tra diritti sociali e ragioni del mercato*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, 230.

5. *La verifica di anomalia dell'offerta*

Come già in precedenza osservato, la giurisprudenza è univoca nell'affermare che se alla clausola sociale non può essere attribuito alcun effetto automaticamente e rigidamente escludente, dovendo essere armonizzata e resa compatibile con il contesto dello stesso appalto e con l'organizzazione di impresa prescelta dall'imprenditore, è parimenti riconosciuto che può costituire elemento di una più complessa valutazione in fase di verifica dell'anomalia di un'offerta³⁷.

Come è noto, il giudizio di anomalia dell'offerta è finalizzato alla verifica dell'attendibilità e della serietà della stessa ed all'accertamento dell'effettiva possibilità dell'impresa di eseguire correttamente l'appalto alle condizioni proposte e non ha per oggetto la ricerca di specifiche e singole inesattezze dell'offerta economica, mirando piuttosto ad accertare se in concreto l'offerta, nel suo complesso, sia attendibile e affidabile in relazione alla corretta esecuzione dell'appalto. Si tratta di una globale e sintetica valutazione svolta senza concentrarsi esclusivamente e in modo parcellizzato sulle singole voci di prezzo³⁸, né attraverso un giudizio comparativo che coinvolga altre offerte. Essa va condotta con esclusivo riguardo agli elementi costitutivi dell'offerta analizzata ed alla capacità dell'impresa – tenuto conto della propria organizzazione aziendale – di eseguire le prestazioni contrattuali al prezzo proposto, essendo ben possibile che un ribasso sostenibile per un concorrente non lo sia per un altro, per cui il raffronto fra offerte differenti non è indicativo al fine di dimostrarne la congruità³⁹.

La valutazione da parte della stazione appaltante dell'anomalia dell'offerta, riconosciuta dalla giurisprudenza espressione di cd. discrezionalità tecnica⁴⁰, deve essere pertanto resa alla luce del principio dell'autonoma e libera organizzazione dei

³⁷ Si veda in tema la recente monografia di M.M. Cellini, *L'anomalia dell'offerta. Valutazioni tecniche dell'amministrazione e sindacato del giudice*, Napoli, 2022.

³⁸ Cons. Stato, sez. V, 8 aprile 2021, n. 2843; 8 gennaio 2021, n. 295; sez. III, 15 febbraio 2021, n. 1361. La *ratio* di tale valutazione è quella di evitare, da un lato, «affidamenti ad offerte che nel loro complesso non appaiono suscettibili di buon esito riguardo agli interessi pubblici perseguiti e, dall'altro, comportamenti di *dumping* contrari al principio di libera concorrenza in un mercato regolato, senza in alcun modo pregiudicare il confronto concorrenziale fra le diverse possibili tecnologie e strategie imprenditoriali e senza, evidentemente, sovrapporsi alla necessità di un costante monitoraggio amministrativo e di un efficace presidio giurisdizionale della successiva fase attuativa, posto che la bontà dell'esecuzione del rapporto contrattuale e quindi la realizzazione dell'interesse pubblico perseguito non sono necessariamente rapportate al maggiore costo dell'offerta prescelta».

³⁹ Cons. Stato, sez. III, 9 ottobre 2018, n. 579. Si osserva che «Negli appalti pubblici l'utile non può ridursi ad una cifra meramente simbolica, ma deve pur sempre essere affidato ad un prezzo che consenta un adeguato margine di guadagno per le imprese, giacché le acquisizioni in perdita porterebbero inevitabilmente gli affidatari ad una negligente esecuzione, oltre che ad un probabile contenzioso. Cons. Stato, sez. V, 15 aprile 2013, n. 2063».

⁴⁰ Sindacabile in sede giurisdizionale solo in caso di macroscopica irragionevolezza o di manifesto e decisivo travisamento dei fatti, così Cons. Stato, Ad. plen., 3 febbraio 2014, n. 8.

fattori produttivi da parte dell'offerente, divenendo l'applicazione del contratto collettivo uno degli elementi di valutazione per la sostenibilità complessiva dell'offerta.

La scelta ad opera di un concorrente di applicare un contratto collettivo di lavoro tale da determinare un abbattimento dei costi e, quindi, un prezzo più competitivo, ove sia rispettato il limite della stretta connessione con l'oggetto dell'appalto, potrà rilevare solo in sede di valutazione di congruità dell'offerta, ma non costituire causa di non ammissibilità⁴¹. Si è osservato che l'improprio inquadramento del personale da impiegare nel servizio comporta la corresponsione di una retribuzione inferiore a quella prevista per il suddetto personale, con la conseguenza che l'offerta economica presentata potrà ritenersi del tutto incongrua⁴². Si è ritenuto, viceversa, che non può «considerarsi anomala l'offerta, quando la stessa è riconducibile al minor costo del lavoro per il contratto applicato dall'impresa al proprio personale rispetto a quello applicato dalla precedente affidataria se, nella "*lex specialis*" di gara, si richiede di specificare il contratto applicato e che le mansioni richieste per l'esecuzione del servizio sono riconducibili a figure professionali, inquadrabili anche nelle previsioni di diverse tipologie contrattuali»⁴³. L'operatore economico, infatti, può mediante l'organizzazione della sua impresa realizzare economie di scala che «rendono il costo del lavoro offerto inferiore a quello di altro operatore pur a parità di ore lavorate»⁴⁴.

Va peraltro considerato che la verifica sui costi di manodopera si caratterizza per la natura vincolata dell'attività e mira alla comprova del rispetto dei minimi salariali e contributivi inderogabili, come fissati dalla contrattazione collettiva, in una logica che sostanzialmente opera in modalità on/off, non tanto e non solo a presidio della regolarità della procedura (e della futura esecuzione dell'appalto), quanto piuttosto a tutela delle maestranze⁴⁵. Diversamente, «la riduzione del costo del personale, mediante scostamento dai valori indicativi contenuti nelle tabelle

⁴¹ Cons. Stato, sez. III, 12 febbraio 2016, n. 589.

⁴² Tar Lazio, 17 ottobre 2012, n. 8528.

⁴³ Cons. Stato, sez. III, 18 settembre 2018, n. 5444. Si osserva che «Legittimamente dunque l'appellata ha dichiarato di applicare il CCNL delle Cooperative sociali applicato a tutti i propri operatori e la sua offerta è stata verificata su tali basi».

⁴⁴ Cons. Stato, sez. VI, 20 ottobre 2020, n. 6336.

⁴⁵ «È evidente, peraltro, che l'analisi sui costi per la manodopera indicati in gara non sottintende unicamente la verifica della capacità dell'impresa di stimare correttamente la presumibile spesa per tale fattore di produzione (e dunque la congruità della stima in sé considerata), ma, in termini sostanziali, la capacità dell'impresa di assolvere agli obblighi retributivi e contributivi durante il rapporto contrattuale, talché un importo incongruo non è solo il frutto di un'analisi errata, ma la spia di un potenziale rischio di non correttezza in fase esecutiva (in questo senso, è mutuabile la logica sottesa al subprocedimento di verifica dell'anomalia);- la verifica di anomalia persegue lo scopo di accertare la sostenibilità economica complessiva dell'offerta, alla luce delle prestazioni contrattuali e di quelle, eventualmente migliorative, dedotte nel progetto tecnico presentato in gara dall'impresa aggiudicataria. Tale attività, secondo l'opinione maggiormente accreditata nel panorama giurisprudenziale, costituisce per la stazione appaltante esercizio di discrezionalità tecnica, di regola insindacabile se non per manifesta erroneità o irragionevolezza (v., *quam multis*, Consiglio di Stato, 19.10.2020, n. 6317)». In questi termini, Tar Salerno, sez. II, 21 dicembre 2020, n. 1994.

ministeriali, non esclude la congruità dell'offerta ove l'aggiudicatario, in sede di giustificazioni, ne dimostri in concreto l'affidabilità e la sostenibilità»⁴⁶. Infatti, mentre i minimi salariali stabiliti dalla contrattazione collettiva non sono derogabili, i valori del costo del lavoro risultanti dalle tabelle ministeriali sono derogabili in quanto semplici parametri di valutazione della congruità dell'offerta utilizzato per definire ai sensi dell'art. 23, c. 16⁴⁷ per definire l'importo a base d'asta.

Così, se il trattamento minimo del contratto collettivo utilizzato è inderogabile, i parametri contenuti nelle tabelle ministeriali sono indicativi, sottolineandosi che, stante la rilevanza che assunto l'esigenza di tutela dei lavoratori, la motivazione addotta a giustificazione dello scostamento in sede di verifica dell'anomalia deve essere tanto più rigorosa e stringente quanto è più elevato lo scostamento⁴⁸.

6. *Le questioni sull'adempimento delle clausole sociali*

Una volta aggiudicato il contratto, il contenuto specifico assunto dalla clausola sociale, come declinata dal concorrente in sede di offerta, diviene parte del regolamento contrattuale, assumendo una plurima rilevanza sia nei confronti dell'amministrazione contraente, sia nel rapporto di lavoro tra impresa e lavoratori.

Sotto quest'ultimo profilo la giurisprudenza attribuisce all'adempimento dei contenuti della clausola sociale una valenza relativa al rapporto di lavoro, ad esempio affermando in tema di riassorbimento che il «modo [con cui] l'imprenditore subentrante dia seguito all'impegno assunto con la stazione appaltante di riassorbire i lavoratori impiegati dal precedente aggiudicatario (id est. come abbia rispet-

⁴⁶ Cons. Stato, sez. VI, 21 luglio 2020, n. 4665. La clausola sociale e il conseguente mantenimento dei livelli occupazionali non possono ritenersi ostativi a scelte imprenditoriali ispirate all'ottimizzazione e all'efficienza dei modelli produttivi.

⁴⁷ Art. 23 c. 16 «Per i contratti relativi a lavori, servizi e forniture, il costo del lavoro è determinato annualmente, in apposite tabelle, dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali sulla base dei valori economici definiti dalla contrattazione collettiva nazionale tra le organizzazioni sindacali e le organizzazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentativi, delle norme in materia previdenziale ed assistenziale, dei diversi settori merceologici e delle differenti aree territoriali. In mancanza di contratto collettivo applicabile, il costo del lavoro è determinato in relazione al contratto collettivo del settore merceologico più vicino a quello preso in considerazione. Per i contratti relativi a lavori il costo dei prodotti, delle attrezzature e delle lavorazioni è determinato sulla base dei prezzi regionali aggiornati annualmente. Tali prezzi cessano di avere validità il 31 dicembre di ogni anno e possono essere transitoriamente utilizzati fino al 30 giugno dell'anno successivo, per i progetti a base di gara la cui approvazione sia intervenuta entro tale data. In caso di inadempienza da parte delle Regioni, i prezzi sono aggiornati, entro i successivi trenta giorni, dalle competenti articolazioni territoriali del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti sentite le Regioni interessate. Fino all'adozione delle tabelle di cui al presente comma, si applica l'articolo 216, comma 4. Nei contratti di lavori e servizi la stazione appaltante, al fine di determinare l'importo posto a base di gara, individua nei documenti posti a base di gara i costi della manodopera sulla base di quanto previsto nel presente comma. I costi della sicurezza sono scorporati dal costo dell'importo assoggettato al ribasso».

⁴⁸ M.M. Cellini, *L'anomalia dell'offerta*, cit., 84; E. Caruso, *La funzione sociale nei contratti pubblici*, cit., 442.

tato la clausola sociale) attiene [...] alla fase di esecuzione del contratto, con conseguente giurisdizione del giudice ordinario in funzione di giudice del lavoro»⁴⁹.

Peraltro, ove le clausole dei contratti collettivi disciplinano il “cambio appalto”, prevedendo l’obbligo del mantenimento dell’assetto occupazionale e delle medesime condizioni contrattuali ed economiche, vincolano l’operatore economico non in qualità di aggiudicatario della gara, ma come imprenditore appartenente ad associazione datoriale firmataria del contratto collettivo. La medesima clausola frutto dell’autonomia collettiva, ove più stringente, prevale anche sulla clausola contenuta nel bando di gara e determina la sussistenza di una posizione di diritto soggettivo in capo al lavoratore⁵⁰. Si osserva inoltre che «Appare conforme alla ratio dell’art. 3 della l. n. 68 del 1999 l’interpretazione di questa fornita dal Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali nell’interpello n. 23 del 1° agosto 2012, e cioè che «nell’ipotesi di acquisizione di personale già impiegato in appalto, c.d. “cambio appalto”, l’incremento dell’occupazione assume carattere provvisorio, in quanto destinato a subire, inevitabilmente, una contrazione al termine dell’esecuzione dell’appalto stesso» e che, di conseguenza, «il personale che transita dall’azienda uscente all’azienda subentrante non dovrà essere computato nella quota di riserva ai fini dell’art. 3, l. n. 68 del 1999»⁵¹.

L’adempimento delle clausole sociali – tanto quelle relative all’equo trattamento, tanto quelle occupazionali per le quali è presentato un corrispondente piano di riassorbimento – in sede di esecuzione del contratto non si sostanzia esclusivamente in una questione lavoristica, ma assume rilevanza anche sul rapporto che intercorre tra l’amministrazione ed il suo contraente. Una tale prospettiva è riconosciuta espressamente nelle Linee guida Anac n. 13 del 2019, richiamando l’adozione dei rimedi avverso l’inadempimento da parte del contraente pubblico. Si precisa al pt. 5.3 delle Linee guida Anac che l’inadempimento degli obblighi derivanti dalla clausola sociale comporta l’applicazione dei rimedi previsti dalla legge ovvero dal contratto. Nello schema di contratto le stazioni appaltanti inseriscono clausole risolutive espresse ovvero penali commisurate alla gravi-

⁴⁹ Cons. Stato, n. 6148 del 2019; Cons. Stato, sez. III, 29 gennaio 2019, n. 726; V, 15 dicembre 2016, n. 5311.

⁵⁰ Cons. Stato, sez. V - 12/09/2019, n. 6148; Cons. Stato, sez. III, 29 gennaio 2019, n. 726; 7 gennaio 2019, n. 142; III, 18 settembre 2018, n. 5444; V, 5 febbraio 2018, n. 731; V, 17 gennaio 2018 n. 272; III 5 maggio 2017, n. 2078; V 7 giugno 2016, n. 2433; III, 30 marzo 2016, n. 1255.

Cons. Stato, sez. V, 18 febbraio 2019, n. 1097, V, 18 febbraio 2019, n. 1099; V, 28 gennaio 2019, n. 690; III, 4 gennaio 2019, n. 90; V, 26 novembre 2018, n. 6689; V, 2 agosto 2018, n. 4785).

⁵¹ Cons. Stato, sez. III, 24 gennaio 2018, n. 490 in cui si richiama la sentenza del Cons. Stato, sez. V, 31 gennaio 2017, n. 383, secondo cui «dal computo dei lavoratori impiegati ai fini della quota di riserva devono essere esclusi i lavoratori assunti in virtù delle c.d. clausole sociali, ossia il personale assunto a seguito e in ragione dell’aggiudicazione di un appalto e destinato, al termine dello stesso, a transitare alle dipendenze del nuovo aggiudicatario».

tà della violazione. Ove ne ricorrano i presupposti, applicano l'articolo 108, comma 3, del Codice dei contratti pubblici.

Sul punto la giurisprudenza sostiene che, mentre il potere dell'amministrazione si esercita al momento della definizione del bando e dello schema di capitolato che ha condotto all'assegnazione dell'appalto, la mancata verifica del rispetto della clausola sociale riguarda un momento che non intercetta l'esercizio di un potere pubblicistico, ma che riguarda la corretta esecuzione negoziale, con conseguente difetto di giurisdizione del giudice amministrativo⁵². Ancorché venga in discorso l'uso dei poteri privatistici del contraente pubblico, non sembra priva di rilevanza giuridica la sua peculiare posizione in ragione della funzionalizzazione dell'attività amministrativa al perseguimento dell'interesse pubblico in ogni fase del rapporto, unitamente alla pervasività del principio concorrenziale assunto anch'esso ad interesse pubblico dall'ordinamento. A fronte di un assetto di interessi cristallizzato dal contratto, come scaturito all'esito di una procedura ad evidenza pubblica, l'alterazione della stabilità del rapporto sinallagmatico in sede esecutiva può incidere sul primo ed anche a volte sul secondo degli aspetti sopra enunciati.

Al riguardo, si osserva che, mentre nei contratti tra privati la rilevanza giuridica della scorretta esecuzione è tradizionalmente circoscritta alle parti contrattuali, con la pubblica amministrazione «l'inadempimento può assumere rilevanza giuridica anche per i terzi in tutti i casi in cui il comportamento scorretto si qualifichi come violazione della disciplina sulla concorrenza»⁵³ o di altri valori e interessi (si pensi al buon uso delle risorse pubbliche, che è un interesse non già ascrivibile alla sola amministrazione contraente, bensì riferibile all'intero ordinamento). Perspicue sono le considerazioni dell'Adunanza Plenaria n. 10/2020, cit., che ha riconosciuto come a fronte della facoltà prevista ai sensi dell'art. 110, c. 1, d.lgs. 50/2016⁵⁴ «di procedere allo scorrimento della graduatoria, con il subentro del secondo classificato o dei successivi secondo l'ordine della stessa, o di indire una nuova gara per il soddisfacimento delle proprie esigenze, laddove permangano immutate e salva, ovviamente, l'eccezionale facoltà di revocare l'intera procedura gara stessa, se queste esigenze siano addirittura venute meno, e di non bandirne più nessuna» sussista «l'interesse dell'operatore economico, che abbia partecipato alla gara, quantomeno meno a conoscere illegittimità, afferenti alla pregressa fase pubblicistica ma emersi solo in sede di esecuzione (ipotesi di

⁵² Cons. Stato, sez. III, 29 gennaio 2019, n. 726.

⁵³ Così, R. Cavallo Perin, M. Racca, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, cit., 325 ss.

⁵⁴ L'Adunanza plenaria afferma come lo scorrimento della graduatoria costituisca esercizio di facoltà, sostenendo che lo scorrimento «nonostante il contrario avviso di autorevole dottrina, è rimasta anche nel nuovo codice dei contratti pubblici una facoltà discrezionale della pubblica amministrazione, come è reso manifesto dalla lettera dell'art. 108, comma 8, del medesimo d.lgs. n. 50 del 2016, laddove menziona «la facoltà prevista dall'art. 110, comma 1». In tema, F. Fracchia, W. Giuliotti, *Aspetti problematici dell'esecuzione nei contratti nel prisma della nuova giurisprudenza sull'accesso civico*, in *Il diritto dell'economia*, 2020, 123 ss.

c.d. recesso pubblicistico o, più precisamente, forme di annullamento in autotutela, discrezionale o doverosa, secondo le ipotesi sopra ricordate in via esemplificativa), o comunque inadempimenti manifestatisi in fase di esecuzione (ipotesi di c.d. recesso privatistico)».

È evidente che molte ipotesi di risoluzione di cui all'art. 108, d.lgs. 50/2016 – se non tutte – si traducono in veri e propri doveri di condotta per l'amministrazione contraente, nel senso di rendere doveroso l'esercizio dei diritti potestativi spettanti che massimizzino la cura dell'interesse del contraente e garantiscano il rispetto dell'equilibrio sinallagmatico determinato dalla gara. Ciò non implica necessariamente un'attrazione pubblicistica in ordine alle situazioni soggettive o alla giurisdizione amministrativa delle relative controversie, ma indubbiamente, anche in relazione alla cognizione del giudice ordinario, mette in discussione l'idea tradizionale dell'irrelevanza giuridica dei motivi di azione dell'amministrazione nell'esercitare diritti potestativi in fase di esecuzione del contratto. A fronte dell'esercizio di detti diritti potestativi possono configurarsi interessi giuridicamente rilevanti, non solo ovviamente in capo al contraente, ma anche ai terzi.

La ricerca di una reale effettività delle clausole sociali, scarsamente incisive nella fase di aggiudicazione, non può che passare in sede di esecuzione per il riconoscimento della doverosità da parte del contraente pubblico di esercitare i rimedi sull'inadempimento. Ciò, in particolare, quando la gravità dello stesso non solo incida sulla posizione soggettiva dei lavoratori, già tutelabile in sede civile, ma sia suscettibile di pregiudicare complessivamente la prestazione.

La tutela del lavoro nei contratti pubblici attraverso le clausole sociali

La regolazione indirizzata alla protezione dei lavoratori negli appalti pubblici, soprattutto attraverso le c.d. clausole sociali, costituisce aspetto rilevante del tema del contrasto al lavoro povero. In considerazione del fatto che la spesa pubblica per appalti e concessioni rappresenta mediamente oltre il 10% del Pil annuale, è evidente l'impatto che meccanismi competitivi previsti per l'aggiudicazione possono avere sul costo del lavoro e sulle condizioni dei lavoratori sia in termini di protezione, sia di promozione.

Le clausole sociali fungono in questo senso da calmieri affinché la competizione, che può ben svolgersi sull'organizzazione del lavoro, non pregiudichi le condizioni di equo trattamento dei lavoratori, incidendo sulla determinazione dei livelli retributivi della manodopera impiegata e più in generale all'applicazione del contenuto di garanzia dei contratti collettivi (c.d. "clausola prima generazione"), nonché sul riassorbimento del personale a seguito di una nuova aggiudicazione (c.d. "clausola sociale di assorbimento" o di "seconda generazione").

Ancorché le clausole sociali costituiscono condizioni di esecuzione dei contratti pubblici, la loro rilevanza non si esaurisce nella sola fase esecutiva, in termini di garanzie per la loro effettività, ma anche nella fase di formazione in termini di controllo sull'adeguatezza e sul valore della futura prestazione contrattuale.

Labor protection in public contracts through social clauses

The legislation aimed at the protection of workers in public procurement, in particular through the so-called social clauses, is an important aspect of the issue of the fight against poor work. In fact, considering that the cost of public contracts and concessions represents over 10% of annual GDP, it is clear the impact that the competitive mechanisms envisaged for assignment can have on the cost of labor and on the conditions of workers in terms of protection and promotion.

The social clauses act in this sense as a control so that competition, which can well take place on the organization of work, no undermines the conditions of fair treatment of workers, affecting the determination of the remuneration levels of the employed workforce and more generally on the application of the content of guarantee of collective agreements (so-called "first generation clause"), as well as on the re-absorption of personnel following a new assignment (so-called "social absorption clause" or "second generation").

Although the social clauses constitute conditions for the execution of public contracts, their relevance does not end only in the executive phase, in terms of guarantees on their effectiveness, but also in the formative phase in terms of control over the adequacy and value of the performance.

