



**Università  
degli Studi  
di Palermo**



**Rita Daila Costa**

# **CONTRATTI PUBBLICI E DIRITTI DEI LAVORATORI**



Dipartimento di Scienze politiche  
e delle relazioni internazionali

2025 – Dipartimento di Scienze Politiche  
e delle relazioni internazionali (DEMS)  
via Maqueda, 324 – 90134- Palermo  
[portale.unipa.it/dipartimenti/dems](http://portale.unipa.it/dipartimenti/dems)  
E-Book in *open access*

ISBN: 978-88-943060-1-9

settembre 2025

# CONTRATTI PUBBLICI E DIRITTI DEI LAVORATORI

Rita Daila Costa

## Sommario

### Capitolo I

#### LAVORO E TUTELE NEI CONTRATTI PUBBLICI: LINEE EVOLUTIVE

1. *I contratti pubblici nel contesto delle esternalizzazioni della P.A.* ..... 1
2. *I contratti pubblici e le condizioni di lavoro* ..... 7
3. *Il diritto dei contratti pubblici: dal neomanagerialismo alla responsabilità sociale* ..... 9
4. *Le aperture al “socially responsible public procurement” nelle Direttive europee* ..... 13
5. *Il recepimento delle Direttive europee nel d.lgs. n. 50 del 2016* ..... 19
6. *Il risveglio dell’“Europa Sociale” e il processo di revisione delle Direttive del 2014* ..... 24
7. *Il PNRR e la riscrittura del Codice dei contratti pubblici* ..... 33
8. *Salario minimo e dintorni: le iniziative degli enti locali e regionali* ..... 40

### Capitolo II

#### LE CLAUSOLE SOCIALI DI PRIMA GENERAZIONE: LA TUTELA DEL TRATTAMENTO ECONOMICO E NORMATIVO

1. *Le clausole sociali di prima generazione: l’art. 36 St. lav. come paradigma* ..... 50
2. *L’evoluzione delle clausole di equo trattamento nei Codici dei Contratti pubblici: dal d.lgs. n. 163 del 2006 al d.lgs. n. 50 del 2016* ..... 56
3. *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: l’equo trattamento come principio ordinatore* ..... 67
4. *L’individuazione del contratto collettivo applicabile* ..... 69
5. *Il problema delle tutele “equivalenti” tra accertamento e presunzione* ..... 75
6. *Le clausole di equo trattamento e i principi costituzionali* ..... 85
7. *Le clausole di equo trattamento e le frizioni con il diritto europeo* ..... 87
8. *Le clausole sociali nel panorama europeo dopo la Direttiva «salari minimi adeguati»* ..... 90

9. <i>Il costo della manodopera e la valutazione di anomalia dell'offerta nelle procedure a evidenza pubblica</i> .....	95
10. <i>I subappalti pubblici e la parità di trattamento "ritrovata"</i> .....	104
11. <i>La parità di trattamento nel Codice del 2023</i> .....	107
12. <i>La responsabilità solidale tra affidatario e subappaltatore</i> .....	112
13. <i>Le altre forme di responsabilità solidale nel settore pubblico</i> .....	117
14. <i>La tutela della retribuzione nel corso dell'esecuzione: l'intervento sostitutivo della stazione appaltante</i> .....	122
15. <i>La responsabilità della stazione appaltante e l'affidamento del terzo: una proposta de iure condendo</i> ..	128

### Capitolo III

#### LE CLAUSOLE SOCIALI DI SECONDA E TERZA GENERAZIONE: DALLA STABILITÀ OCCUPAZIONALE ALLA PROMOZIONE DELL'OCCUPAZIONE

1. <i>Le misure di promozione della stabilità occupazionale nella disciplina dei contratti pubblici</i> .....	141
2. <i>La ridefinizione delle clausole di stabilità occupazionale nel d.lgs. n. 36 del 2023</i> .....	147
3. <i>Stabilità occupazionale e libertà d'impresa nelle interpretazioni giurisprudenziali</i> .....	150
4. <i>Le misure di stabilità occupazionale tra legge e contrattazione collettiva</i> .....	161
5. <i>La successione di appalti e la disciplina del trasferimento d'azienda</i> .....	172
6. <i>Il cambio d'appalto e la disciplina dei licenziamenti</i> ....	181
7. <i>Gli appalti pubblici e le clausole di terza generazione nel PNRR</i> .....	186
8. <i>I contratti riservati nel d.lgs. n. 36 del 2023</i> .....	191
9. <i>Le misure di promozione della parità occupazionale dopo il d.lgs. n. 209 del 2024</i> .....	195
10. <i>Le "quote riservate" per donne e giovani</i> .....	202

## CAPITOLO I

# LAVORO E TUTELE NEI CONTRATTI PUBBLICI: LINEE EVOLUTIVE

SOMMARIO: 1. I contratti pubblici nel contesto delle esternalizzazioni della P.A. 2. I contratti pubblici e le condizioni di lavoro. 3. Il diritto dei contratti pubblici: dal neomanagerialismo alla responsabilità sociale. 4. Le aperture al “*socially responsible public procurement*” nelle Direttive europee. 5. Il recepimento della Direttiva 2014/24/UE nel d.lgs. n. 50 del 2016. 6. Il risveglio dell’“Europa Sociale” e il processo di revisione delle Direttive del 2014. 7. Il PNRR e la riscrittura del Codice dei contratti pubblici. 8. Salario minimo e dintorni: le iniziative degli enti locali e regionali.

### 1. *I contratti pubblici nel contesto delle esternalizzazioni della P.A.*

Nel corso degli ultimi anni, l’evoluzione dei modelli organizzativi dell’impresa ha prodotto effetti rilevanti sulla struttura dei rapporti di lavoro e sulle modalità della loro regolazione giuridica all’interno delle cosiddette “catene del valore”, con una dimensione sempre più spesso globale<sup>1</sup>.

Tale passaggio dal modello fordista, fondato sull’impresa «verticalmente integrata», alla frammentazione produttiva contemporanea ha segnato una cesura netta nel modo di intendere

---

<sup>1</sup> La letteratura ha fatto uso dell’immagine della catena globale del valore (o, talvolta, di fornitura) proprio al fine di descrivere i nuovi assetti di produzione e di interazione tra le imprese nel mercato globale. Sul tema v.: V. BRINO, *Diritto del lavoro e catene globali del valore. La regolazione dei rapporti di lavoro tra globalizzazione e localismo*, Giappichelli, Torino, 2020; M. MURGO, *Global value chains e diritto del lavoro: problemi e prospettive*, Wolters Kluwer-Cedam, Milano, 2021; W. SANGUINETI RAYMOND, J. B. VIVERO SERRANO (dir.), *Diligencia debida y trabajo decente en las cadenas globales de valor*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022; F. MICHELI, *Il lavoro nelle catene globali del valore*, Giappichelli, Torino, 2023.

i sistemi di produzione<sup>2</sup>. L'impresa-fabbrica, nella quale si concentrava l'intero ciclo produttivo e che costituiva anche il luogo simbolico dell'identificazione tra lavoratore e datore di lavoro, ha progressivamente ceduto il passo alla frammentazione organizzativa, nella quale le singole fasi del processo vengono esternalizzate, delocalizzate, spezzettate e affidate a soggetti terzi, spesso operanti in contesti giuridici e sociali profondamente diversi<sup>3</sup>.

Questa smaterializzazione del potere di impresa si accompagna alla crescente asimmetria tra responsabilità giuridica e potere economico. Mentre l'impresa capofila mantiene il controllo strategico e direzionale sulle filiere, la responsabilità giuridica del rapporto di lavoro tende a ricadere su soggetti formalmente autonomi, ma spesso subordinati nei fatti a logiche imposte a monte della catena. Ne deriva un disallineamento strutturale tra il centro di imputazione delle decisioni e il soggetto tenuto a rispondere delle condizioni di impiego, con evidenti ricadute sul piano delle tutele, che faticano a intercettare le nuove dinamiche, caratterizzate da relazioni multiple, discontinue e opache<sup>4</sup>.

La frantumazione delle responsabilità e la moltiplicazione delle forme contrattuali generano così una diffusione del rischio sociale, che tende a ricadere sui soggetti più deboli della filiera, *in primis* i lavoratori<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup> R. DE LUCA TAMAJO, *Diritto del lavoro e decentramento produttivo in una prospettiva comparata: scenari e strumenti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, 1, p. 4.; V. SPEZIALE, *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, in *Giorn. dir. rel. ind.*, 2010, p. 1.

<sup>3</sup> L. CORAZZA, "Contractual integration" e rapporti di lavoro, Cedam, Padova, 2004, pp. 2-3. Nello stesso senso v. M. MARINELLI, *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 10; V. SPEZIALE, *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, cit., p. 7; M. NICOLOSI, *Il lavoro esternalizzato*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 10 ss. Sulla segmentazione dei processi di produzione si v. anche P. ICHINO, *Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa*, in *Giorn. dir. rel. ind.*, 1999, pp. 203 ss.

<sup>4</sup> Cfr. H. COLLINS, *Independent Contractors and the Challenge of Vertical Disintegration to Employment Protection Laws*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 1990, 10 (3), p. 353.

<sup>5</sup> Si è parlato di un mutamento della natura stessa del lavoro: D. WEIL, *Understanding the Present and Future of Work in the Fissured Workplace Context*, in *The Russell Sage Foundation Journal of the Social Sciences*, 2019, 5 (5), pp. 148 ss.; *amplius* D. WEIL, *The Fissured Workplace. Why work became so bad for*

Si tratta di processi trasformativi che non si sono però limitati alle sole imprese private.

Anche in ambito pubblico, l'obiettivo di conseguire uno snellimento dell'apparato amministrativo, a garanzia di una pretesa maggior efficienza, ha spinto all'adozione di simili modelli organizzativi e all'esternalizzazione di una molteplicità di servizi pubblici<sup>6</sup>.

La gestione della cosa pubblica è stata invero oggetto di una complessiva e profonda rivisitazione, sulla scorta delle esigenze della razionalità economica e dei paradigmi del *New public management*<sup>7</sup>, di cui un elemento cardine è l'adozione di un modello di amministrazione orientato al risultato.

Tale modello, di derivazione anglosassone<sup>8</sup>, ha ispirato le riforme intervenute già a partire degli anni '80 nei paesi europei<sup>9</sup>,

---

*so many and what can be done to improve it*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts - London, England, 2014.

<sup>6</sup> D. IZZI, *Lavoro negli appalti e dumping salariale*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 2.

<sup>7</sup> C. D'ORTA, *L'organizzazione della PA dal diritto pubblico al diritto privato: fallimento di una riforma*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2011, pp. 391 ss. L'espressione *New public management* è stata conosciuta quale «*loose term*», utile a ricomprendere le varie tipologie di interventi che hanno dominato l'agenda delle riforme della burocrazia, con una serie di elementi comuni. Questi sono, fra gli altri: l'introduzione di una gestione più professionale dell'attività pubblica, l'introduzione dei principi di concorrenza nei confronti del settore privato insieme all'adozione di modelli aziendalistici di gestione, nonché il ricorso a strumenti di natura privata, anche tramite il ricorso alla privatizzazione e alle esternalizzazioni; v. C. HOOD, *A public management for all season?*, in *Public administration*, 1991, 69 (1), pp. 3 ss. Celebre è anche la definizione del sistema di *New Public Management* come una somma dei concetti di disaggregazione, competizione e incentivazione; così P. DUNLEAVY, H. MARGETTS, S. BASTOW, J. TINKLER, *Digital era governance: IT corporations, the state and e-government*, Oxford University Press, Oxford, 2006, pp. 97 ss.

<sup>8</sup> Sulla genesi del *New Public Management* nel mondo anglosassone, a partire dalle ideologie neoliberali, si v. G. MOINI, *New public management e neoliberalismo. Un intreccio storico*, in *Economia & Lavoro*, 2017, n. 2, pp. 73 ss.

<sup>9</sup> Il cambiamento ha assunto forme diverse nei vari Paesi in cui è intervenuto, con differenze anche enormi. Tuttavia, è riscontrabile un filo conduttore nella volontà di modernizzare il settore pubblico attraverso pratiche proprie del settore privato; v. E. FISHER, *The Power of Purchase: Addressing Sustainability through Public procurement*, in *European procurement & public private partnership law review*, 2013, 8 (1), p. 4. Sulle distinte declinazioni del modello del *New Public Management*, v. S. BACH, L. BORDOGNA, *Varieties of new public management or alternative models? The reform of public service employ-*

fondando un «paradigma di azione amministrativa che promuove strumenti mutuati dal privato (tra cui la contrattualizzazione) come mezzi per accrescere efficienza, efficacia, economicità dell'intervento pubblico [...] con la promessa di ridurre i costi dell'azione amministrativa tramite l'introduzione di una logica manageriale nella gestione della cosa pubblica»<sup>10</sup>.

Sulla scia di tale impostazione, si è tuttavia giunti all'«adozione ingenua nel settore pubblico di istituzioni e pratiche proprie del settore privato»<sup>11</sup>, attribuendo un ruolo di assoluta centralità al mercato. Ciò ha portato a una ridefinizione del perimetro e dell'ambito di applicazione dei pubblici poteri, nel contesto di un complessivo processo di contestuale riduzione della sfera di azione pubblica<sup>12</sup>, che ha massicciamente investito anche il pubblico impiego<sup>13</sup>.

---

*ment relations in industrialized democracies*, in *The International Journal of Human Resource Management*, 2011, 22 (11), pp. 2281 ss.

<sup>10</sup> M. CERRUTO, G. CITRONI, C. DALLARA, *Il "contracting out" come problema di organizzazione, amministrazione e "policy"*, in *Amministrare*, 2017, p. 384. Le riforme del *New Public Management* vengono definite, in maniera volutamente ampia, come «tentativi deliberati di cambiare le strutture, i processi e/o le culture delle organizzazioni del settore pubblico con l'obiettivo di farle funzionare (in un certo senso) meglio» (trad. libera del testo originale in inglese); C. POLLITT, G. BOUCKAERT, *Public Management Reform: A comparative analysis – Into the age of austerity*, Oxford University Press, Oxford, 2017, p. 2.

<sup>11</sup> L. BORDOGNA, *Il lavoro pubblico in Europa dopo la crisi: un'analisi comparata*, in C. DELL'ARINGA, G. DELLA ROCCA (a cura di), *Lavoro pubblico fuori dal tunnel? Retribuzioni, produttività, organizzazione*, Il Mulino-Arel, Bologna-Roma, 2017, p. 56.

<sup>12</sup> A dire il vero, se in Italia si è avvertito l'impatto del modello manageriale, si è rilevato come questi processi di riforma, contestuali alla crisi politica, abbiano spinto a iniziative di riforma confuse, che hanno seguito anche direttrici differenziate, sovrapponendo vari modelli riformatori; così C. POLLITT, G. BOUCKAERT, *Public Management Reform*, cit., p. 56. In generale, sulle molteplici ragioni dei processi qui sommariamente descritti, v. anche S. CASSESE, *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato?*, in *Riv. it. dir. pub. comp.*, 1996, pp. 582 ss.; M. FLORIO, *Il declino dell'impresa pubblica: cause, effetti, prospettive*, in *Democrazia e diritto*, 2008, n. 1, pp. 106 ss.

<sup>13</sup> Sulla comune origine del processo di privatizzazione del pubblico impiego e delle riforme organizzative della p.a., v. A. BELLAVISTA, *La privatizzazione del pubblico impiego trent'anni dopo. Dal disastro verso l'ignoto ... e ritorno?*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2023, p. 12; C. D'ORTA, *L'organizzazione della PA*, cit., pp. 391 ss. Sulla privatizzazione del pubblico impiego v. A. GARILLI, *Profili dell'organizzazione e tutela della professionalità nelle pubbliche amministrazioni*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 6/2003, pp. 13 ss.; ID, *La privatizzazione*

Tali pratiche hanno trovato un fertile terreno di sperimentazione nei sistemi di erogazione dei servizi pubblici, fino a quel momento prerogativa dello Stato sociale in un regime di monopolio che si avvaleva di «*imprese pubbliche verticalmente integrate*»<sup>14</sup>. Ai privati sono state infatti affidate attività il cui esercizio era stato, fino a quel momento, appannaggio di monopoli pubblici o comunque oggetto di rigide barriere all'ingresso: si è così aperta la strada alla realizzazione di altri processi collegati<sup>15</sup>, ugualmente ispirati alla mutuazione dei principi del mercato nella gestione della cosa pubblica.

Tra questi si è inserito, fra l'altro, il ricorso alle cosiddette esternalizzazioni (alternativamente note anche come *outsourcing* o, ancora, *contracting-out*). Si tratta del trasferimento, su base contrattuale, «della produzione di servizi ed attività strumentali di pubbliche amministrazioni ad imprese private, pur continuando le stesse pubbliche amministrazioni a finanziare l'attività e ad assumersi la responsabilità del soddisfacimento del bisogno pubblico»<sup>16</sup>.

Benché non si trattasse di pratiche del tutto nuove, nel corso degli anni '90, le esternalizzazioni hanno acquisito dei tratti peculiari, sempre su spinta delle ideologie neo-manageriali che hanno guidato le riforme dell'epoca<sup>17</sup>. E infatti, pur in assenza

---

*del lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni e l'art. 97 Cost.: di alcuni problemi e dei possibili rimedi*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 49/2007, pp. 2 ss.

<sup>14</sup> Secondo alcune posizioni critiche, i servizi pubblici sono stati individuati come perfetto terreno di prova per l'attuazione di riforme ispirate a politiche «che hanno mirato a introdurre la concorrenza in settori dove essa era "naturalmente" esclusa», sostituendo il «monopolio pubblico verticalmente integrato» con «un mercato artificialmente creato e minuziosamente regolato»: C. IANNELO, *Il falso riformismo degli anni Novanta ovvero l'inarrestabile affermazione della concorrenza come paradigma della regolazione sociale*, in *Democrazia e Diritto*, 2021, n. 3, p. 104.

<sup>15</sup> Per una ricostruzione complessiva dei processi di privatizzazione, v. A. BENEDETTI, *Le privatizzazioni in Italia*, in *Quaderni del pluralismo*, Giappichelli, Torino, 1996, pp. 29 ss.; AA. VV. *Privatizzazioni e rapporti di lavoro*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1995, n. 18.

<sup>16</sup> Questa nota definizione di esternalizzazione è stata fornita dal DIPARTIMENTO DELLA FUNZIONE PUBBLICA, *Guida all'esternalizzazione di servizi ed attività strumentali della pubblica amministrazione*, Roma, 2003, p. 8.

<sup>17</sup> L. FIORENTINO, *Esternalizzazioni: lo stato dell'arte*, in L. FIORENTINO, B.G. MATTARELLA (a cura di), *Le esternalizzazioni delle gestioni amministrative della pubbliche amministrazioni*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna (RN), 2007, p.

di un esplicito indirizzo legislativo, almeno a livello nazionale<sup>18</sup>, le pubbliche amministrazioni hanno fatto sempre maggiore ricorso alle esternalizzazioni, realizzando una «sorta di riforma sottintesa alla trasformazione del contesto generale, la quale prefigura, appunto, un'amministrazione leggera, produttiva e ispirata alle dinamiche pro-concorrenziali»<sup>19</sup>.

Così, guidate da ragioni più economiche che giuridiche, le amministrazioni pubbliche si sono servite dell'applicazione delle tecniche già usate dalle imprese private con la volontà di gestire con maggiore efficienza ed economicità compiti al di fuori del *core business*<sup>20</sup>, volendo individuare, tramite procedure ad evidenza pubblica, soggetti privati, reputati più idonei a svolgere, in modo meno costoso e più efficiente, i compiti tradizionalmente propri della p.a.<sup>21</sup>.

Così come nel settore privato, anche nell'ambito della amministrazione pubblica sempre più spesso si è fatto ricorso all'affidamento a terzi delle attività e dei servizi, nella pretesa volontà di garantire l'efficienza e il cosiddetto *value for money*,

---

27 e pp. 29-30; nello stesso senso v. C. FRANCHINI, *L'esternalizzazione delle gestioni amministrative nel quadro delle riforme della pubblica amministrazione*, in L. FIORENTINO, B.G. MATTARELLA (a cura di), *Le esternalizzazioni delle gestioni amministrative delle pubbliche amministrazioni*, cit., p. 19.

<sup>18</sup> G. PIPERATA, *Le esternalizzazioni nel settore pubblico*, in *Dir. amm.*, 2005, p. 999. Per una ricostruzione del quadro normativo, v. L. FIORENTINO, *Esternalizzazioni*, cit., pp. 33 ss.

<sup>19</sup> R. URSI, *Le stagioni dell'efficienza. Paradigmi giuridici della buona amministrazione*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2016, pp. 272-273.

<sup>20</sup> G. PIPERATA, *Le esternalizzazioni*, cit., p. 963.

<sup>21</sup> Ciò è avvenuto anche al fine di rispettare i vincoli di bilancio imposti sul versante europeo. E infatti, il ricorso agli strumenti di esternalizzazione e alle società partecipate consente di collocare una parte dei costi della gestione dei servizi pubblici al di fuori dei bilanci; F. BORGOGELLI, *Modelli organizzativi e tutele dei lavoratori nei servizi di interesse pubblico*, in AIDLASS, *Frammentazione organizzativa e lavoro: rapporti individuali e collettivi. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro. Cassino 18-19 Maggio 2017*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 333. Sulla questione si v. anche S. MAINARDI, *Piccolo requiem per la flessibilità del lavoro nelle pubbliche amministrazioni. A proposito della legge 9 marzo 2006, n. 80*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2006, pp. 38 ss., secondo il quale, attraverso il ricorso ai contratti di appalto e somministrazione l'amministrazione non ricava in realtà alcun reale risparmio di spesa. Criticam. sul rapporto fra esternalizzazioni e risparmi, v. anche P. BORIONI, *Il dibattito nordico su istituzioni pubbliche, New Public Management e riforma del welfare*, in *Economia & lavoro*, 2017, n. 2, pp. 90-91.

ovvero il maggiore risparmio possibile alle condizioni più vantaggiose<sup>22</sup>.

## 2. I contratti pubblici e le condizioni di lavoro

Nell'area delle pubbliche amministrazioni, il ricorso alle esternalizzazioni ha prodotto ricadute sulle condizioni di lavoro non dissimili da quelle che si sono verificate in ambito privato.

In primo luogo, l'interazione della p.a. con le varie imprese che operano lungo la catena di contratti e subcontratti disperde le tutele del lavoro tra soggetti diversi e dotati di autonome strutture organizzative<sup>23</sup>. Si realizza, così, un «*fissured workplace*»<sup>24</sup>, in cui le responsabilità si segmentano lungo la catena contrattuale, fino a creare dei veri e propri sistemi di «irresponsabilità organizzata»<sup>25</sup>.

Alla natura pubblica della commessa, e dunque sia dei fondi che dell'interesse perseguito, non corrisponde così una piena responsabilità della pubblica amministrazione rispetto alle condizioni di lavoro. Anzi, facendo ricorso ai contratti pubblici, come i privati, anche le amministrazioni possono «acquistare prodotti e servizi a condizioni competitive – sul piano dei costi e sul

---

<sup>22</sup> E. FISHER, *The Power of Purchase*, cit., p. 4.

<sup>23</sup> D. WEIL, *Understanding the Present*, cit., p. 148.

<sup>24</sup> Cfr. D. WEIL, *The Fissured Workplace*, cit.

<sup>25</sup> L'espressione è stata impiegata per descrivere come tramite determinati processi organizzativi la rete di imprese raggiunga il livello di organizzazione necessario per un efficiente coordinamento delle relazioni produttive, ma contemporaneamente riduca al minimo il rischio di responsabilità esterna per la rete nel suo complesso; così, H. COLLINS, *Introduction to networks as connected contracts*, in G. TEUBNER, *Networks as Connected Contracts*, Hart Publishing, Oxford, 2011, p. 68. L'espressione è ripresa anche da O. RAZZOLINI, *Codatorialità "attenuata" e disciplina del conflitto collettivo*, in *Law. dir.*, 2021, p. 542, che la usa per spiegare «come, attraverso il contratto commerciale, l'impresa e il potere imprenditoriale ottengano una sorta di immunità organizzativa, esternalizzando rischi e responsabilità su scala nazionale e persino globale». Al di fuori della riflessione lavoristica, il concetto di «*organized irresponsibility*» era già usato per indicare una relazione sociale in cui gli agenti, attraverso l'interazione delle loro azioni con quelle degli altri, creano collettivamente rischi per i quali sono in grado di evitare di essere ritenuti individualmente responsabili; v. U. BECK, *Ecological politics in an age of risk*, Polity, Cambridge, 1995, pp. 132–137.

piano dell'efficienza» o «decentrare fasi dell'attività in precedenza svolte al loro interno», beneficiando del risultato del lavoro dei dipendenti dell'appaltatore, senza però essere parte del rapporto di lavoro e, dunque, senza subirne i relativi oneri<sup>26</sup>. Le pubbliche amministrazioni rimangono infatti formalmente estranee ai rapporti di lavoro e quindi irresponsabili rispetto alle condizioni di impiego, nonostante queste ultime siano influenzate anche dai comportamenti delle stazioni appaltanti.

Per altro verso, l'affidamento di funzioni o di opere pubbliche a soggetti privati, che hanno un interesse alla massimizzazione del profitto e non sono soggetti ai vincoli caratterizzanti l'attività dell'amministrazione e delle imprese pubbliche<sup>27</sup>, ha finito per rendere il lavoro una delle variabili su cui si gioca la concorrenza tra le imprese al fine di aggiudicarsi la gara pubblica.

Il peggioramento delle condizioni di lavoro è, dunque, da intendersi non un mero effetto collaterale di tali processi, ma «una delle molle che lo spingono»<sup>28</sup>. E infatti, soprattutto nei settori in cui vi è un basso rapporto tra *output* produttivo e quantità di lavoro impiegato, il costo dei salari è uno dei principali fattori su cui si realizza la concorrenza<sup>29</sup>.

La concorrenza al ribasso trova, poi, uno spazio significativo anche nei cambi d'appalto. E infatti, in occasione dell'indizione di un nuovo bando, gli enti pubblici, spinti dalla necessità di contenere la spesa, stanziavano, spesso, minori risorse. Inoltre, gli stessi criteri di aggiudicazione della commessa pubblica pre-

---

<sup>26</sup> 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. 277.

<sup>27</sup> K. JAEHRLING, *The state as a 'socially responsible customer'? Public procurement between market-making and market-embedding*, in *European Journal of Industrial Relations*, 2015, 21 (2), p. 149.

<sup>28</sup> L. DORIGATTI, *Condizioni di lavoro nei servizi sociali: disintegrazione verticale e procurement pubblico*, in *St. mer.*, 2017, p. 469. Meritano di essere ricordate anche le parole della Commissione di garanzia dell'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali, secondo cui «nell'ambito di diversi servizi ad alta intensità di lavoro (c.d. *labour intensive*), il ricorso all'appalto e al subappalto è dettato essenzialmente da ragioni attinenti al risparmio e all'abbattimento del costo del lavoro, anche in contesti molto redditizi»; così CGSSE, *Appalti e conflitto collettivo: tendenze e prospettive*, maggio 2021, p. 2.

<sup>29</sup> M. NOVELLA, *Costo del lavoro e retribuzione negli appalti pubblici di servizi. Il quadro normativo e qualche numero*, in *Lav. dir.*, 2020, p. 262.

vedono una preferenza per le offerte più basse, spingendo le imprese che intendono partecipare alla gara a proporre l'applicazione di contratti collettivi meno gravosi o, più spesso, a realizzare tagli del personale o, in alternativa, una riduzione del numero di ore dell'intera forza lavoro.

S'intende come il ricorso agli appalti e alle altre forme contrattuali finisca per consentire ai soggetti pubblici di avvalersi di manodopera esterna, con salari particolarmente bassi e condizioni di impiego riconducibili allo sfruttamento<sup>30</sup>. Peraltro, spesso, uno sfruttamento «legale», poiché perpetrato nel formale rispetto delle disposizioni di legge, ma causando, comunque, un deterioramento delle condizioni lavorative<sup>31</sup>.

Si realizza così un vero e proprio paradosso, giacché l'efficienza e il risparmio pubblico vengono perseguiti a discapito dei lavoratori coinvolti, al pari di quanto avviene nel settore privato.

### 3. *Il diritto dei contratti pubblici: dal neomanagerialismo alla responsabilità sociale*

Per anni, la disciplina dei contratti pubblici è stata ispirata ad una logica di mercato<sup>32</sup>, tendente ad interpretare le concessioni e, soprattutto, gli appalti come meccanismi meramente volti alla ricerca dell'efficienza e del maggior risparmio.

In tale ottica, è stata esclusa la possibilità di impiegare i contratti pubblici per il perseguimento di qualsiasi altro obietti-

---

<sup>30</sup> L. DORIGATTI, *Condizioni di lavoro*, cit., pp. 459 ss.; A. BELLAVISTA, *Appalti e tutela dei lavoratori*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT - 454/2022, p.115. Al di fuori dei confini nazionali, v. OECD, *Integrating Responsible Business Conduct in Public Procurement Society*, OECD publishing, Parigi, 2020, p. 17.

<sup>31</sup> S. BORELLI, G. ORLANDINI, *Lo sfruttamento dei lavoratori nelle catene di appalto*, in *Giorn. dir. rel. ind.*, 2022, p. 122. Gli autori adottano una concezione di sfruttamento legata al deterioramento delle condizioni di lavoro. D'altra parte, lo sfruttamento assume molteplici forme, che esulano dal penalmente rilevante. Sulle difficoltà legate alla definizione del concetto di sfruttamento v. A. MERLO, *Il contrasto allo sfruttamento del lavoro e al "caporalato" dai braccianti ai riders*, Giappichelli Editore, Torino, 2020, pp. 57 ss.

<sup>32</sup> Per una concettualizzazione del legame tra contratti pubblici e mercato, v. A. SÁNCHEZ-GRAELLS, *Public procurement and the EU Competition Rules*, Ed. II, Hart Publishing, Oxford-Portland (Oregon), 2015, p. 11.

vo di natura non economica, perché estranea alla finalità principale, vale a dire quella di garantire l'efficienza<sup>33</sup>.

Eppure, al contrario degli operatori privati, «l'amministrazione non è un soggetto economico tenuto al rispetto delle regole del mercato, ma intrinsecamente politico, cioè mosso dall'esigenza di perseguire interessi pubblici»<sup>34</sup>. Il committente pubblico non agisce dunque sul mercato in maniera neutra<sup>35</sup> ma secondo specifiche priorità<sup>36</sup>.

Anche la contrattazione pubblica non è, dunque, per sua natura, uno strumento orientato al mercato e alla concorrenza. Al contrario, a seconda dell'opzione politica di volta in volta adottata, il *public procurement* è in grado di seguire un orientamento *market-making* o, al contrario, di ispirarsi al diverso obiettivo della conformazione del mercato a fini sociali, secondo un opposto approccio *market-embedding*<sup>37</sup>.

Proprio tale consapevolezza ha spinto la dottrina a far propria l'idea che attraverso la contrattazione pubblica possano essere perseguite le cosiddette "politiche orizzontali"<sup>38</sup>, espres-

---

<sup>33</sup> E. CARUSO, *La funzione sociale dei contratti pubblici. Oltre il primato della concorrenza*, Jovene Editore, Napoli, 2021, p. 162.

<sup>34</sup> A. GARILLI, *Profili dell'organizzazione*, cit., p. 3.

<sup>35</sup> C. MCCRUDDEN, *Buying Social Justice: Equality, Government Procurement, and Legal Change*, Oxford University Press, Oxford, 2007, p. 124.

<sup>36</sup> M. A. CORVAGLIA, *Public procurement and labour rights. Towards coherence in international instruments of procurement regulation*, Hart publishing, Oxford-London-NY-New Delhi-Sydney, 2017, p. 48; nello stesso senso, v. anche J. M. GIMENO FELIÚ, *Compra pública estratégica*, in J. PERNAS GARCÍA (coord.), *Contratación pública estratégica*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 45 ss., secondo il quale, tramite la contrattazione pubblica, i pubblici poteri realizzano una politica di intervento nella vita economica, sociale e politica del Paese, quale strumento tramite cui orientare le condotte degli agenti economici.

<sup>37</sup> Tale distinzione è riferibile a K. JAEHRLING, *The state as*, cit., pp. 149 ss., il quale usa a tal fine il concetto di «*embedded markets*» sviluppato da K. POLANYI, *The Great Transformation: The Political and Economic Origins of Our Time*, Beacon Press, Boston, 1957.

<sup>38</sup> Il riferimento alle politiche (o obiettivi) "orizzontali" viene impiegato per sottolineare la natura trasversale delle finalità perseguite tramite l'uso strumentale delle attività di *procurement* pubblico. La locuzione è usata in sostituzione delle più problematiche espressioni che definivano tali obiettivi come "secondari" o "collaterali", le quali sembrano indirettamente individuare una scala di priorità; così S. ARROWSMITH, *Horizontal policies in public procurement: a taxonomy*, in *Journal of public procurement*, 2010, Vol. 10, n. 2, pp. 149-150; S. ARROWSMITH, P. KUNZLIK, *Public procurement and horizontal poli-*

sione nella quale rientrano sia gli obiettivi ambientali, riferibili al cosiddetto *green procurement*, sia quelli sociali, per cui si parla di «*social public procurement*», di «*socially responsible public procurement*» o, ancora, di «uso strategico degli appalti pubblici»<sup>39</sup>.

È bene chiarire che quello suggerito dalla dottrina è un approccio in parte diverso rispetto a quello che ha ispirato i primi interventi di tutela dei lavoratori impiegati in appalti pubblici almeno nell'ordinamento italiano. Fra questi, per tutti, spicca l'art. 36 St. Lav., a lungo considerata la disposizione cardine per la tutela dei lavoratori impiegati in appalti pubblici nel panorama italiano<sup>40</sup>.

E infatti, tutele come quelle offerte inizialmente dall'art. 36 St. lav. avevano sì l'obiettivo di garantire il rispetto di standard minimi di protezione per i lavoratori impiegati in appalti pubblici<sup>41</sup>, ma con il fine utilitaristico di selezionare «personale scelto sottratto a turbamenti di carattere economico»<sup>42</sup> e, dunque, di

---

*cies in EC law: general principles*, in S. ARROWSMITH, P. KUNZLIK (eds.), *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law. New Directives and New Directions*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, pp. 9 ss.; M.A. CORVAGLIA, *Public procurement*, cit., p. 46.

<sup>39</sup> Le espressioni vengono impiegate spesso quali sinonimi, ma non è possibile riscontrare una nozione univoca. Per esempio, tanto le nozioni di *Green Procurement*, che di *Social Public Procurement*, come quella di *Responsible Procurement* rientrano secondo una certa lettura nell'ambito di una nozione "proattiva" di *procurement* pubblico, che rimane distinta da quella di *strategic procurement*; così, M.A. CORVAGLIA, *Public procurement*, cit., pp. 43 ss. Anche sul piano istituzionale europeo, vengono spesso adottate le espressioni *Green Procurement* o *Social Public Procurement*, alludendo ad un comune paradigma di sostenibilità, ma senza che di tali espressioni venga data una definizione univoca; cfr. M. GIACONI, *L'impiego strategico degli appalti pubblici alla luce del d.lgs. 50/2016*, Aracne, Canterano (RM), 2019, pp. 8 -9. D'altra parte, anche parlare di «*sustainable procurement*» risente della cangiante concezione del concetto di sostenibilità; così E. FISHER, *The Power of Purchase*, cit., p. 3.

<sup>40</sup> E. CARUSO, *La funzione sociale*, cit., pp. 150-151. Sulla disposizione, v. *infra* Cap. II, par. 1.

<sup>41</sup> Dall'ambito di applicazione della clausola statutaria erano esclusi i contratti di appalti di servizi e di fornitura, i quali erano invece ricompresi nella tutela prevista dalla Convenzione, relativa ad ogni forma di appalto. Cfr. E. GHERA, *Le c.d. clausole sociali: evoluzione di un modello di politica legislativa*, in *Dir. rel. ind.*, 2001, p. 142.

<sup>42</sup> D. NAPOLETANO, *Appalto di opere pubbliche e tutela dei diritti del lavoratore*, in *Riv. giur. lav.*, 1953, I, p. 267. Nello stesso senso, v. E. GHERA, *Le c.d. clausole sociali*, cit., p. 132.

evitare forme di conflitto<sup>43</sup> e assicurare la corretta esecuzione della commessa pubblica.

Rispetto a tale impostazione, la nozione di «uso socialmente responsabile» in riferimento ai contratti pubblici fa invece leva sulla possibilità che l'appalto e, in generale, ogni attività contrattuale della p.a., possa essere impiegata «come occasione e strumento per l'attuazione di politiche sociali» che non si limitano al solo rispetto della legalità<sup>44</sup> ma ricomprendono anche il perseguimento di altri e più ampi obiettivi, come ad esempio la tutela dei diritti dei lavoratori, la stabilità occupazionale, l'adeguatezza della retribuzione o la promozione e tutela dell'occupazione di alcune particolari categorie di soggetti<sup>45</sup>.

In tal senso, tale prospettiva si fa carico non solo di sottrarre i salari e, in generale, le condizioni del lavoro dal gioco concorrenziale, prevenendo fenomeni di *dumping*, ma anche di promuovere più ampi obiettivi di stampo sociale durante tutte le fasi della gara pubblica.

---

<sup>43</sup> E. GHERA, *Le c.d. clausole sociali*, cit., p. 134. Pone l'accento su tale finalità con riferimento all'art. 36 St. lav., G. PERA, *Il rispetto della contrattazione collettiva nelle concessioni di pubblici servizi*, in *Giust. civ.*, 1998, II, p. 2428. Di tale avviso era anche F. CARNELUTTI, *Sul contratto di lavoro relativo ai pubblici servizi assunti da imprese private*, in *Riv. dir. comm.*, 1909, I, pp. 416 ss., secondo il quale: «l'equo trattamento dei lavoratori non solo risponde alle finalità essenziali dell'ente pubblico, che gli permettono e gli impongono di essere il *model employer*, ma assicura che il servizio sarà disimpegnato da un personale scelto e non subirà quei turbamenti, i quali normalmente conseguono ai c. d. conflitti collettivi».

<sup>44</sup> F. SCARPELLI, *Regolarità del lavoro e regole della concorrenza: il caso degli appalti pubblici*, in *Riv. giur. lav.*, I, 2006, p. 763. Sulla possibilità di perseguire obiettivi ulteriori rispetto alla mera osservanza della legalità, v. A.C.L DAVIES., *Government as a socially responsible market actor after RegioPost*, in A. SÁNCHEZ-GRAELLS (ed.), *Smart public procurement and labour standards. Pushing the discussion after Regiopost*, Hart publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2018, p. 168; S. ARROWSMITH, *Horizontal policies*, cit., pp. 153 e ss.; E. CARUSO, *La funzione sociale*, cit., p. 5.

<sup>45</sup> F. SCARPELLI, *Regolarità del lavoro*, cit., p. 763.

#### 4. Le aperture al “socially responsible public procurement” nelle Direttive europee

A spingere nella direzione di un sempre maggior impiego dei contratti pubblici da parte delle amministrazioni statali è stata anche l’Unione Europea<sup>46</sup>, la quale ha attribuito proprio alla disciplina di riferimento un ruolo fondamentale nella costruzione del mercato unico. Conseguentemente, sin dai suoi primi interventi in materia, la prospettiva regolativa seguita dall’Unione Europea è stata ispirata dall’obiettivo di disciplinare la concorrenza e liberalizzare gli appalti pubblici nazionali<sup>47</sup>. In altre parole, si è portata avanti l’idea per cui «la massima, più efficiente e più trasparente concorrenza a livello comunitario» sia di per sé idonea a garantire una efficiente allocazione delle risorse<sup>48</sup>.

Nonostante il modello di *procurement* pubblico originariamente adottato dall’Unione Europea nei suoi atti normativi e di indirizzo sia stato guidato dalla lettura *market making* e dal principio dell’efficienza<sup>49</sup>, è stata la stessa Unione che ha finito progressivamente per promuovere alcune aperture verso un uso della contrattazione pubblica socialmente responsabile. Se, infatti, le sollecitazioni comunitarie per la liberalizzazione degli appalti pubblici devono ritenersi la «matrice principale» del processo di riforma in questo settore<sup>50</sup>, è vero anche che è sempre di derivazione europea la spinta finalizzata a promuoverne l’uso strumentale alla realizzazione delle politiche sociali.

Pur non distaccandosi mai del tutto dalla concezione mercantista dei contratti pubblici, l’Unione ha infatti mostrato un cre-

---

<sup>46</sup> S. CASSESE, *Le privatizzazioni*, cit., p. 583, sottolinea come l’Unione Europea non abbia imposto questi processi, ma abbia, comunque, esercitato una indiretta influenza su di essi. La Comunità (poi, Unione) ha imposto, da una parte, «l’integrazione dei mercati, prima ancora di quella degli Stati, portando la concorrenza in primo piano e riducendo l’area dei diritti speciali o esclusivi», dall’altra «il divieto di discriminazioni e, quindi, ha richiesto un eguale trattamento delle attività economiche pubbliche e di quelle private, nonché una standardizzazione degli istituti del tipo di quella propria del diritto privato». Sul punto v. anche G. ROSSI, *Pubblico e privato nell’economia di fine secolo*, in *Quaderni del pluralismo*, Giappichelli, Torino, 1996, pp. 18 ss.

<sup>47</sup> M.A. CORVAGLIA, *Public procurement*, cit., p. 156.

<sup>48</sup> F. SCARPELLI, *Regolarità del lavoro*, pp. 761-762.

<sup>49</sup> K. JAEHRLING, *The state as*, cit., p. 151.

<sup>50</sup> F. SCARPELLI, *Regolarità del lavoro*, cit., p. 761.

scente interesse per l'integrazione delle finalità sociali all'interno di tale disciplina nella ricerca di «un più equilibrato rapporto con la tutela della concorrenza»<sup>51</sup>. Anche a livello unionale si è fatta strada l'idea per cui la «politica del mercato interno può essere attuata perseguendo, al contempo, altri obiettivi, tra cui quelli che attengono alla politica sociale»<sup>52</sup>.

Tale proposito è stato fatto proprio, seppure parzialmente, dalle Direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE. A quest'ultime va riconosciuto il merito di aver espressamente legittimato le esigenze ambientali e sociali sia nelle procedure volte all'aggiudicazione degli appalti pubblici sia nella successiva fase di esecuzione<sup>53</sup>, nell'espresso intento di dare seguito agli orientamenti della Corte di Giustizia<sup>54</sup>, che aveva progressivamente fatto spazio alle considerazioni di carattere sociale nelle proprie decisioni in materia<sup>55</sup>.

La concezione “strategica” degli appalti pubblici è stata poi fortemente caldeggiata anche dalla Commissione europea, alla

---

<sup>51</sup> *Ivi*, p. 774.

<sup>52</sup> *Comunicazione (COM(2001) 566 def.) - Comunicazione interpretativa della Commissione sul diritto comunitario degli appalti pubblici e le possibilità di integrare aspetti sociali negli appalti pubblici (2001/C 333/08)*. Sul punto v. F. SCARPELLI, *Regolarità del lavoro*, cit., pp. 774 ss. La Comunicazione si inserisce nell'ambito delle azioni dell'Agenda della politica sociale, adottata in occasione del Consiglio di Nizza nel dicembre 2000; *Comunicazione COM(2000) 379 del 28.6.2000 - Verso una nuova agenda per la politica sociale*.

<sup>53</sup> Nessun riferimento era invece contenuto nelle prime direttive in materia, vale a dire le Direttive 92/50/CEE, 93/36/CEE e 93/37/CEE. Cfr. C. VIVANI, *Appalti sostenibili, green public procurement e socially responsible public procurement*, in *Urbanistica e appalti*, 2016, p. 993.

<sup>54</sup> R. CARANTA, *Sustainable Public Procurement in the EU*, in R. CARANTA, M. TRYBUS (eds.), *The Law of Green and Social Procurement in Europe*, Vol. II, DJØF Publishing, Copenhagen, 2010, p. 27; D. IZZI, *Lavoro negli appalti*, cit., p. 13; B. L. BOSCHETTI, *Social goals via public contracts in the EU: a new deal?*, in *Riv. dir. pub.*, 2017, p. 1131.

<sup>55</sup> Esempi di tali orientamenti sono C. Giust., 20 settembre 1988, sez. IV, C-31/87, *Gebroeders Beentjes B.V. C. Stato dei Paesi Bassi*, e C. Giust., 26 settembre 2000, C 225/98, *Commissione c. Repubblica Francese*. Per una ricostruzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia: S. ARROWSMITH, P. KUNZLIK, *EC regulation of public procurement*, in S. ARROWSMITH, P. KUNZLIK (eds.), *Social and Environmental*, cit., pp. 90 ss.

quale si deve, fra l'altro, l'adozione della guida *Buying social* del 2011<sup>56</sup>.

La reale apertura all'«uso strategico» della contrattazione pubblica è stata tuttavia promossa più incisivamente da un trittico di Direttive del 2014<sup>57</sup>, che si sono collocate nel quadro della «Strategia Europa 2020» e del suo obiettivo di realizzare una crescita intelligente, sostenibile ed inclusiva, promuovendo un'economia «più efficiente sotto il profilo delle risorse, più verde e più competitiva» e «con un alto tasso di occupazione, che favorisca la coesione economica, sociale e territoriale»<sup>58</sup>, in linea con gli obiettivi delineati dall'art. 3 TUE.

Tale volontà di integrare un approccio ispirato al *socially responsible public procurement*, emerge chiaramente dal testo del considerando 37 della Direttiva 2014/24/EU<sup>59</sup>, elevato a vincolo di carattere sociale dall'ulteriore obbligo sancito dal secondo paragrafo dell'art. 18<sup>60</sup>.

Quest'ultimo impone agli Stati Membri di adottare «misure adeguate per garantire che gli operatori economici, nell'esecuzione di appalti pubblici, rispettino gli obblighi applicabili in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dal diritto dell'Unione, dal diritto nazionale, da contratti col-

---

<sup>56</sup> EUROPEAN COMMISSION, DIRECTORATE-GENERAL FOR EMPLOYMENT, SOCIAL AFFAIRS AND INCLUSION AND DIRECTORATE-GENERAL FOR THE INTERNAL MARKET AND SERVICES, *Buying social – A guide to taking account of social considerations in public procurement*, Publications Office, 2011.

<sup>57</sup> Il riferimento è alle Direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE. Per le novità più rilevanti v. R. CARANTA, D. C. DRAGOS, *La mini-rivoluzione del diritto europeo dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 2014, pp. 493 ss.

<sup>58</sup> *Comunicazione (COM(2010) 2020 final) – Europa 2020: Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva*.

<sup>59</sup> Il considerando afferma che: «in vista di un'adeguata integrazione dei requisiti in materia ambientale, sociale e di lavoro nelle procedure di appalto pubblico» si riconosce come «particolarmente importante che gli Stati membri e le amministrazioni aggiudicatrici adottino misure pertinenti per garantire il rispetto degli obblighi in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro che si applicano nel luogo in cui i lavori sono eseguiti o i servizi forniti e derivanti da leggi, regolamenti, decreti e decisioni, adottati sia a livello nazionale che dell'Unione, e da contratti collettivi purché tali norme, nonché la loro applicazione, siano conformi al diritto dell'Unione», senza che ciò impedisca eventuali condizioni più favorevoli ai lavoratori.

<sup>60</sup> M. GIACONI, *L'impiego strategico*, cit., p. 29.

lettivi o dalle disposizioni internazionali in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro elencate nell'allegato X».

È la cosiddetta «clausola sociale orizzontale», da più parti interpretata come un principio generale di “sostenibilità” ambientale e sociale<sup>61</sup>.

Ciononostante, e al di là dell'indubbia importanza della disposizione, essa non va interpretata come simbolo di una vera e propria svolta sociale dell'Unione nella regolazione degli appalti pubblici.

L'art. 18 è infatti l'unica misura di carattere sociale obbligatoria per gli Stati<sup>62</sup>. Peraltro, anche in questo caso, l'effettiva portata dell'obbligo appare discutibile, dal momento che la disposizione si limita a richiedere la predisposizione di «misure adeguate» al perseguimento dei fini previsti, senza specificare

---

<sup>61</sup>R. CARANTA, *Sustainability takes centre stage in public procurement*, in *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, 2023, 85 (1), p. 44. Tale prospettiva è confermata nell'interpretazione fornita dalla Corte di Giustizia, secondo cui: «l'articolo 18 della direttiva 2014/24, intitolato “Principi per l'aggiudicazione degli appalti”, è il primo articolo del capo II di tale direttiva dedicato alle “[d]isposizioni generali” relative alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici. Così, stabilendo al paragrafo 2 di tale articolo che gli operatori economici debbono rispettare, nell'esecuzione degli appalti, gli obblighi applicabili in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro, il legislatore dell'Unione ha inteso erigere tale prescrizione a principio, allo stesso titolo degli altri principi contemplati al paragrafo 1 del medesimo articolo, vale a dire i principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di trasparenza, di proporzionalità, nonché di divieto di sottrazione di un appalto all'ambito di applicazione della direttiva 2014/24 o di limitazione artificiosa della concorrenza. Ne consegue che una prescrizione siffatta costituisce, nell'economia generale di tale direttiva, un valore cardine sul cui rispetto gli Stati membri devono vigilare in virtù della formulazione stessa dell'articolo 18, paragrafo 2, della direttiva in parola»; C. Giust., 30 gennaio 2020, sez. II, C-395/18, *TIM SpA*, pt. 38. L'idea che l'art. 18, par. 2, costituisca un principio di carattere generale è, tuttavia, discussa in dottrina; v. S. ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement*, Ed. III, Sweet & Maxwell, London, 2014, p. 631; nello stesso senso, anche tenuto conto della pronuncia da ultimo citata, W. JANSSEN, *Shifting towards mandatory sustainability requirements in EU Public Procurement Law: Context, Relevance and a Typology*, in W. JANSSEN, R. CARANTA (eds.), *Mandatory Sustainability Requirements in EU Public Procurement Law Reflections on a Paradigm Shift*, Hart Publishing, Oxford, 2023, pp. 9 - 10.

<sup>62</sup>V. CAIMI, S. SANSONETTI, *The social impact of public procurement*, Committee on Employment and Social affairs, Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies, European Parliament, Luxembourg, 2023, p. 11.

quali misure positive debbano essere adottate. Inoltre, l'obbligo è imposto agli Stati e non direttamente alle stazioni appaltanti o agli enti concedenti<sup>63</sup>.

Ancor maggiore flessibilità è garantita agli Stati con riguardo alle modalità di trasposizione delle altre misure volte all'implementazione di un *socially responsible public procurement*<sup>64</sup>.

Così, ad esempio, la Direttiva non impone, ma consente, agli Stati di riservare la partecipazione alle procedure di appalto a «operatori economici il cui scopo principale sia l'integrazione sociale e professionale delle persone con disabilità o svantaggiate» (cosiddetti «appalti riservati», art. 20).

Ancora, nella valutazione dell'offerta come «economicamente più vantaggiosa», l'art. 67 prevede che questa vada individuata «sulla base del prezzo o del costo», lasciando agli Stati la scelta relativa all'eventuale inclusione del «miglior rapporto qualità/prezzo, valutato sulla base di criteri, quali gli aspetti qualitativi, ambientali e/o sociali».

Inoltre, le amministrazioni «possono» (ma non devono) «esigere condizioni particolari in merito all'esecuzione dell'appalto» che «possono comprendere considerazioni economiche, legate all'innovazione, di ordine ambientale, sociale o relative all'occupazione» (art. 70)<sup>65</sup>.

In tale ottica, la Direttiva ha avuto il pregio di aver riservato agli Stati Membri la possibilità di prendere in considerazione obiettivi di carattere sociale in tutte le fasi della procedura ad evidenza pubblica e di successiva esecuzione<sup>66</sup>, senza però spingersi fino a imporre agli Stati un approccio riconducibile a un vero e proprio uso socialmente responsabile del *procurement* pubblico.

Al di là del particolare favore con cui è stata accolta la Direttiva 2014/24/EU, il diritto unionale non ha invece mai del tutto abbandonato la matrice concorrenziale. E infatti, anche la proposta di riforma, che ha poi condotto all'adozione della Di-

---

<sup>63</sup> W. JANSSEN, *Shifting towards*, cit., p. 9.

<sup>64</sup> V. CAIMI, S. SANSONETTI, *The social impact*, cit., p. 11 e pp. 89 ss.

<sup>65</sup> Per una panoramica sul recepimento di queste disposizioni, v. V. CAIMI, S. SANSONETTI, *The social impact*, cit., pp. 90 ss.

<sup>66</sup> W. JANSSEN, *Shifting towards*, cit., pp. 6 - 7.

rettiva del 2014, ha preso le mosse dalla volontà di «creare condizioni di forte concorrenza per gli appalti pubblici aggiudicati nel mercato interno», quale condizione essenziale per il perseguimento dell'obiettivo primo che rimane quello di assicurare «maggiore efficienza della spesa pubblica»<sup>67</sup>.

Si tratta di considerazioni che, peraltro, possono ritenersi applicabili anche alle altre Direttive del 2014<sup>68</sup>.

In tal senso, i contratti pubblici rimangono uno strumento funzionale alla realizzazione del mercato unico<sup>69</sup>, tramite cui le politiche orizzontali possono essere perseguite dagli Stati in attuazione delle Direttive, ma sempre senza compromettere i principi del mercato unico<sup>70</sup>, fra cui quelli di eguaglianza, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità<sup>71</sup>.

Seguendo tali premesse, le Direttive del 2014 rimangono uno strumento economico, che subordina le considerazioni sociali agli obiettivi di stampo più marcatamente economico, pur sempre ritenuti principali<sup>72</sup>.

Le Direttive non sembrano, al contrario, riuscire a realizzare un vero e proprio bilanciamento tra le finalità economiche e

---

<sup>67</sup> Libro verde sulla modernizzazione della politica dell'unione europea in materia di appalti pubblici - per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti (Com(2011)15 definitivo), p. 4. Sul punto v. S. COSTANTINI, *La finalizzazione sociale degli appalti pubblici. Le "clausole sociali" fra tutela del lavoro e tutela della concorrenza*, WP CSDLE, "Massimo D'Antona".IT-196/2014, p. 3; A. SÁNCHEZ-GRAELLS, *Public procurement*, cit., p. 11.

<sup>68</sup> A titolo esemplificativo, si ricorda che entrambe le Direttive prevedono che gli Stati membri debbano prevedere misure adeguate orientate a fini sociali (rispettivamente, art. 30, par. 3, Direttiva 2014/23/EU e art. 36, par. 2, Direttiva 2014/25/EU). Inoltre, entrambe le Direttive disciplinano contratti riservati (rispettivamente, art. 24 Direttiva 2014/23/EU e art. 38 Direttiva 2014/25/EU).

<sup>69</sup>W. JANSSEN, *Shifting towards*, cit., p. 7.

<sup>70</sup> R. CARANTA, *Sustainability takes centre stage*, cit., p. 44.

<sup>71</sup> Oltre a fare rinvio ai principi di equo trattamento e non discriminazione, la Direttiva richiede che gli Stati agiscano in maniera proporzionata e trasparente; S. ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement*, cit., p. 631. Sulle problematiche legate, in particolare, all'applicazione del principio di proporzionalità, v. M.A. CORVAGLIA, *Public procurement and labour rights*, cit., pp. 170 ss.

<sup>72</sup> L. RODGERS, *The Operation of Labour Law as the Exception: The Case of Public Procurement*, in A. SÁNCHEZ-GRAELLS (ed.), *Smart public procurement*, cit., p. 150. Sul rischio che i principi del mercato unico riducano la portata delle aperture alle politiche orizzontali, v. M.A. CORVAGLIA, *Public procurement*, cit., pp. 161 ss.

quelle sociali, continuando a riflettere un irrisolto conflitto tra gli interessi economici e gli obiettivi sociali perseguiti<sup>73</sup>.

Nonostante, dunque, le importanti aperture all'uso sociale della contrattazione pubblica, le Direttive del 2014 non hanno rappresentato una completa cesura con il passato<sup>74</sup>.

### 5. Il recepimento delle Direttive europee nel d.lgs. n. 50 del 2016

I limiti delle Direttive del 2014 si riflettono inevitabilmente anche nelle dimensioni domestiche dei singoli Stati Membri.

L'esperienza italiana ne è un esempio particolarmente significativo. L'Italia è infatti uno degli Stati dimostratosi più virtuoso nel recepimento delle Direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE almeno per quanto attiene alle disposizioni finalizzate al perseguimento di obiettivi sociali<sup>75</sup>.

Il riferimento è, in particolare, alla riforma realizzata con il decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (anche noto come «Codice dei contratti pubblici»), che, almeno in una prima fase, ha dato attuazione alla Direttiva, sostituendo il precedente «Codice degli Appalti», contenuto nel decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, a sua volta attuativo delle Direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE.

Innovando rispetto al passato, il Codice del 2016 ha non solo introdotto un criterio di aggiudicazione basato sull'«offerta economicamente più vantaggiosa»<sup>76</sup>, in attuazione di quanto

---

<sup>73</sup> M.A. CORVAGLIA, *Public procurement*, cit., p. 45. È vero che, come è stato efficacemente sottolineato in dottrina, l'Unione Europea non persegue solamente obiettivi economici, escludendo ogni altra considerazione (così A.C.L. DAVIES., *Government as a socially responsible*, cit., p. 166), tuttavia, è vero anche che la concorrenza rimane un principio generale dell'Unione Europea; A. SÁNCHEZ-GRAELLS, *Public procurement*, cit., p. 13.

<sup>74</sup> K. JAEHRLING, *The state as*, cit., p. 152.

<sup>75</sup> Si è sostenuto che il d.lgs. n. 50 del 2016 «ha seguito e financo rafforzato la torsione sociale delle direttive»; E. CARUSO, *Equo trattamento dei lavoratori nel nuovo codice dei contratti pubblici tra sostenibilità e risultato amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2023, p. 864.

<sup>76</sup> Art. 95, co. 2, d.lgs. n. 50 del 2016; cfr. M. NOVELLA, *Costo del lavoro*, cit., p. 265.

previsto sul piano europeo<sup>77</sup>, ma ha anche mostrato una peculiare attenzione agli obiettivi di sostenibilità, di cui si trova menzione nel primo comma dell'art. 30<sup>78</sup>. Quest'ultimo consentiva di subordinare il principio di economicità «ai criteri, previsti nel bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute, dell'ambiente, del patrimonio culturale e alla promozione dello sviluppo sostenibile».

Ulteriormente, il co. 3 obbligava gli operatori economici, nell'esecuzione di appalti pubblici e di concessioni, al rispetto di «obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dalla normativa europea e nazionale, dai contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali».

Ed è sempre nell'art. 30 che era enunciata, al co. 4, la clausola di equo trattamento (o «di prima generazione»), che, seguendo le orme dell'art. 36 St. lav., richiedeva di applicare «al personale impiegato nei lavori, servizi e forniture oggetto di appalti pubblici e concessioni [...] 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».

Attraverso il riferimento alla «stretta connessione», l'art. 30, co. 4, introduceva una «preclusione *ex lege* della possibilità di applicare un contratto relativo ad un settore estraneo all'attività oggetto dell'appalto e scelto solo in ragione della maggiore convenienze economica»<sup>79</sup>. L'intento era quello di porre fine ai fenomeni di *shopping* contrattuale diffusisi in vigenza del

---

<sup>77</sup> Si fa riferimento all'art. 67 della Direttiva 2014/24/UE. Tale disposizione ha un contenuto analogo rispetto dell'art. 82 della Direttiva 2014/25/UE in materia di appalti speciali, recepito dall'art. 133 del d.lgs. n. 50 del 2016. Quanto invece alle concessioni, l'art. 41 della Direttiva 2014/23/UE prevede una procedura semplificata, che trovava riscontro nell'art. 173 del Codice del 2016. Sulla questione v. C. VIVANI, *Appalti sostenibili*, cit., p. 995, spec. nt. 9.

<sup>78</sup> È stata definita come la «norma fondamentale nel sistema del d.lgs. 50/2016»; v. D. TARDIVO, *Contrattazione collettiva e anormalità dell'offerta nel nuovo Codice dei Contratti pubblici*, in *Var. temi dir. lav.*, 2017, p. 1147.

<sup>79</sup> F. BORGOGELLI, *Modelli organizzativi*, cit., pp. 385-386.

precedente Codice, imponendo l'adozione del contratto collettivo che, oltre ad essere stipulato dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative, fosse anche strettamente connesso all'oggetto dell'appalto<sup>80</sup>.

Il Codice del 2016 si faceva poi carico anche dell'ambizioso obiettivo di salvaguardare la stabilità occupazionale, introducendo nel testo del Codice una clausola sociale di «seconda generazione»: l'art. 50 del d.lgs. n. 50 del 2016. Tale disposizione imponeva<sup>81</sup> l'inserimento nei bandi di gara, avvisi e inviti, «con particolare riguardo a quelli relativi a contratti ad alta intensità di manodopera», 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'articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81».

Nonostante la forte attenzione per gli aspetti lavoristici, il d.lgs. n. 50 del 2016 non è stato del tutto all'altezza degli obiettivi che si era preposto.

Al netto dell'evoluzione del dato normativo, le clausole sociali previste da tale Codice hanno invero scontato un'interpretazione giurisprudenziale che ne ha, in parte, svuotato il contenuto, anche in ragione dell'esigenza di tutelare la libertà sindacale ed economica dell'impresa e, dunque, di rispettare i parametri costituzionali dettati dagli artt. 39 e 41 Cost. La giurisprudenza, soprattutto amministrativa, si è infatti dimostrata particolarmente cauta nell'interpretazione delle clausole sociali, promuovendo l'idea che «al fine di legittimare il

---

<sup>80</sup> *Ibidem.*

<sup>81</sup> Si trattava, inizialmente, di una mera facoltà della stazione appaltante. A seguito dell'intervento "correttivo" ex art. 33 del decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56, la previsione di clausole di riassorbimento nei bandi di gara è invece divenuta un vero e proprio obbligo della stazione appaltante. La portata obbligatoria della previsione era però comunque circoscritta ai soli «affidamenti dei contratti di concessione e di appalto di lavori e servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale, con particolare riguardo a quelli relativi a contratti ad alta intensità di manodopera». Cfr. Cons. Stato, sez. V, 28 agosto 2017, n. 4079, in *Giur. it.*, 2017, pp. 2715 ss., con nota di R. PROIETTI, *Le c.d. 'clausole sociali' ed il contemperamento fra valori di rilievo costituzionale*. In dottrina, W. GIULIETTI, *La tutela del lavoro nei contratti pubblici attraverso le clausole sociali*, in *Dir. econ.*, 2023, n. 1, p. 19; sul punto, v. anche E. CARUSO, *La funzione sociale*, cit., p. 452. Sulla questione v. *infra* Cap. III, par. 1.

modello regolativo delle clausole sociali» fosse necessaria «l'armonizzazione e il bilanciamento dei diritti sociali con le libertà economiche», anche in ragione del rilievo attribuito dall'art. 11 Cost. ai principi fondamentali dell'Unione Europea<sup>82</sup>.

L'efficacia delle misure apprestate dal d.lgs. n. 50 del 2016 è stata così compromessa da una costante opera di bilanciamento tra gli scopi perseguiti dalle clausole sociali e la «finalità ritenuta primaria di tutela della concorrenza e addirittura di promozione del mercato»<sup>83</sup>.

Dall'altra parte, gli obiettivi e le esigenze sociali hanno, di fatto, finito per trovare un ulteriore limite anche in una peculiare lettura del principio di buon andamento della pubblica amministrazione. E infatti, nonostante sia stata auspicata in dottrina la ricomprensione nei principi dell'art. 97 Cost. di interessi di stampo più marcatamente sociale<sup>84</sup>, la rigida lettura del concetto di buon andamento adottata dalla giurisprudenza ha talvolta essa stessa finito per impedire l'efficace perseguimento delle politiche orizzontali. In giurisprudenza si è infatti rilevato come anche il costo del lavoro rappresenti una spesa per l'amministrazione, che non può farsi carico di «costi non neces-

---

<sup>82</sup> Cons. Stato, sez. V, 25 gennaio 2024, n. 807, in *giustizia-amministrativa.it*.

<sup>83</sup> Tale impostazione, risalente al Codice del 2006, aveva fatto sì che il «risultato» della commessa pubblica venisse perseguito nel rispetto della concorrenza, delineando una gerarchia degli interessi protetti destinata a riverberarsi anche nella successiva attività di codificazione; G. NAPOLITANO, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2023, p. 289.

<sup>84</sup> Così, S. VARVA, *Tutela del lavoratore mediante la moltiplicazione dei centri di imputazione delle responsabilità. Il caso degli appalti pubblici*, in *Lav. giur., Gli Speciali*, 2011, II, pp. 46 ss.; ID, *Il lavoro negli appalti pubblici*, in M. AIMO, D. IZZI (a cura di), *Esterneizzazioni e tutela dei lavoratori*, Utet giuridica, Milano, 2014, pp. 209 ss.; M. FORLIVESI, *Le clausole sociali negli appalti pubblici: il bilanciamento possibile tra tutela del lavoro e ragioni del mercato*, WP CSDLE «Massimo D'Antona».IT - 275/2015, p. 14. Pure la Corte Costituzionale, chiamata a pronunciarsi sull'art. 36 St. lav., aveva fatto riferimento al principio di buon andamento, ritenendo che la clausola statutaria si muovesse «entro il quadro delineato dal principio di imparzialità e buon andamento, di tutela del lavoro subordinato in situazioni nelle quali lo Stato è in grado di influire direttamente o indirettamente»; Corte cost., 19 giugno 1998, n. 226, in *Giust. civ.*, 1998, II, pp. 2423 ss., con nota di G. PERA, *Il rispetto della contrattazione collettiva nelle concessioni di pubblici servizi*.

sari per lo svolgimento della commessa, supportati dalle sole esigenze di tutela occupazionale», proprio in ragione del principio di buon andamento<sup>85</sup>.

Solo nelle interpretazioni più recenti del Codice del 2016, la giurisprudenza amministrativa ha parzialmente rivisto le sue posizioni più rigide, lasciando emergere una concezione dell'appalto pubblico come «strumento - plurifunzionale - di politiche economiche e sociali, con conseguenti ricadute sulla causa del provvedimento di scelta del contraente»<sup>86</sup>.

In questi termini, parte della giurisprudenza ha aperto ad un sempre maggiore bilanciamento con le garanzie lavoristiche, riconoscendo alla tutela del lavoro, che trova la sua precipua espressione nelle clausole sociali, un ruolo di «garanzia di un razionale assetto regolatorio nell'ottica del perseguimento del buon andamento dell'azione amministrativa»<sup>87</sup>.

Ma si tratta, appunto, di orientamenti recenti, sviluppati dalla giurisprudenza quasi a cavallo dell'entrata in vigore del nuovo Codice, il decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36, di cui si dirà più avanti<sup>88</sup>.

---

<sup>85</sup>La giurisprudenza amministrativa, in un caso riguardante le clausole di seconda generazione, ha ricordato la necessità di un bilanciamento tra gli obiettivi sociali ed il buon andamento, in ragione del fatto che la commessa pubblica, compreso il costo della manodopera, è un costo per l'amministrazione pubblica che in ragione del principio di buon andamento non può farsi carico «delle esigenze correlate alla scarsità di risorse a disposizione per lo svolgimento delle funzioni pubbliche, nei termini in cui corrispondono a costi non necessari per lo svolgimento della commessa, supportati dalle sole esigenze di tutela occupazionale»; Cons. Stato, sez. V, 25 gennaio 2024, n. 807, cit.

<sup>86</sup> Secondo il Consiglio di Stato, «nell'attuale quadro normativo, soprattutto per effetto delle direttive di seconda e terza generazione, il contratto di appalto non è, infatti, soltanto un mezzo che consente all'amministrazione di procurarsi beni o di erogare servizi alla collettività, ma - per utilizzare categorie civilistiche - uno "strumento a plurimo impiego" funzionale all'attuazione di politiche pubbliche ulteriori rispetto all'oggetto negoziale immediato»; Cons. Stato, sez. III, 29 dicembre 2023, n. 11322, in *giustizia-amministrativa.it*.

<sup>87</sup> TAR Piemonte Torino, sez. I, 25 maggio, 2020, n. 316, in *giustizia-amministrativa.it*.

<sup>88</sup> Sul nuovo Codice, v. *infra* par. 7.

## 6. Il risveglio dell'“Europa Sociale” e il processo di revisione delle Direttive del 2014

Rispetto a quanto detto sin ora, un'ulteriore spinta per l'evoluzione delle politiche sociali eurounitarie e degli Stati membri s'è avuta in risposta all'emergenza dovuta al dilagare del Covid-19. Tali iniziative, pur avendo, per adesso, inciso solo in parte sulla disciplina dei contratti pubblici, meritano comunque di essere sommariamente menzionate. E infatti, queste non solo hanno spinto l'Italia a realizzare una profonda riforma della materia, ma hanno anche segnato le premesse del processo di revisione delle Direttive del 2014, attualmente in corso.

A fronte della profondissima crisi indotta dalla pandemia, che ha colpito in maniera diversificata i singoli Stati membri<sup>89</sup>, con impatto ancor più significativo sugli Stati già in recessione<sup>90</sup>, le istituzioni europee, dopo un primo momento di incertezza, sono state capaci di realizzare un importante cambio di paradigma<sup>91</sup>. Sono infatti state accantonate le politiche di *austerità*, caratterizzate dal sempre maggiore contenimento dei costi pubblici, mentre è stato rilanciato l'intervento pubblico nell'economia, con investimenti senza precedenti<sup>92</sup>.

Testimonianza più evidente di tale rinnovato approccio è stata la predisposizione del *Next Generation EU* (NGEU), strumento a cui l'Europa ha affidato non solo il compito di portare avanti

---

<sup>89</sup> M. DAUDERSTÄDT, *We are not (at) all in the same boat: Covid-19 winners and losers*, in B. VANHERCKE, S. SPASOVA (eds.), *Social policy in the European Union: state of play 2021. Re-emerging social ambitions as the EU recovers from the pandemic*, ETUI-OSE, Bruxelles, 2022, pp. 11 ss.

<sup>90</sup> A. RICCOBONO, *Un «salto di specie» per l'UE? La solidarietà europea alla prova della crisi pandemica.*, in A. GARILLI (a cura di), *Dall'emergenza al rilancio. Lavoro e diritti sociali alla prova della pandemia*, Torino, Giappichelli, 2020, pp. 183-184.; C. MARTINEZ MONGAY, M.D. GADEA RIVAS, V. AZÓN, B. BARRADO, *El plan de recuperación, transformación y resiliencia de España*, in *Papeles de economía española*, 2022, vol. 173, pp. 80 ss.

<sup>91</sup> L. TORCHIA, *Le crisi fanno bene all'Unione Europea: il caso dei piani nazionali di ripresa e resilienza*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2023, p. 577.

<sup>92</sup> A. BELLAVISTA, *Le prospettive del diritto del lavoro dopo la pandemia*, WP CSDL E “Massimo D'Antona”.IT – 433/2021, p. 6; ID., *PNRR, lavoro pubblico e dintorni*, in *Giur. it.*, 2022, p. 2534; L. CALAFA, *Le politiche del mercato del lavoro nel PNRR: una lettura giuslavoristica*, in *Lav. dir.*, 2023, p. 165

la ripresa economica, ma anche il suo stesso futuro<sup>93</sup>. Si tratta del primo esperimento di solidarietà finanziaria dell'Unione<sup>94</sup>: un programma di investimenti pari a circa settecentocinquanta miliardi di euro, a cui ciascuno Stato membro ha avuto accesso mediante la predisposizione di un apposito Piano nazionale, redatto conformemente alle istruzioni della Commissione e in coerenza con le raccomandazioni europee pubblicate ogni anno per ciascun Paese<sup>95</sup>.

Il programma di rilancio economico è stato specificatamente predisposto per rispondere all'emergenza pandemica e ritagliato sull'impatto della pandemia sui singoli Stati Membri e le conseguenti necessità degli stessi.

Lo scarto è netto rispetto alle politiche di austerità caratterizzanti, invece, la risposta europea alle precedenti crisi. Queste avevano incentivato la ricerca dell'efficienza attraverso il risparmio<sup>96</sup>, sulla scia di una narrazione già affermata nell'ondata riformista di fine '900 e riproposta e rafforzata anche in occasione delle successive crisi che si sono susseguite nell'eurozona.

Il programma NGEU ha costituito però solo un tassello in una stagione di più generale rilancio dell'Europa Sociale<sup>97</sup>.

Tale processo, apertosi con l'adozione del Pilastro Sociale Europeo, avvenuta nel 2017<sup>98</sup>, ha trovato un riscontro anche nelle iniziative normative dell'Unione, a partire già dalla Direttiva 2018/957/UE, che ha significativamente modificato la Direttiva 96/71/CE in materia di distacco transnazionale<sup>99</sup>.

---

<sup>93</sup> Lo strumento mira a raggiungere il duplice obiettivo di superare la crisi e rendere l'Europa pronta per il futuro, così da trasformare la crisi in un'opportunità; v. L. TORCHIA, *Le crisi fanno bene*, cit., p. 580.

<sup>94</sup> M. CLARICH, *Il Piano nazionale di ripresa e resilienza tra diritto europeo e nazionale: un tentativo di inquadramento giuridico*, in *Corr. giur.*, 2021, p. 1026.

<sup>95</sup> L. TORCHIA, *Le crisi fanno bene*, cit., p. 578.

<sup>96</sup> E. FISHER, *The Power of Purchase*, cit., p. 5

<sup>97</sup> G. ORLANDINI, *Clausola di equo trattamento negli appalti pubblici e diritto dell'UE: a che punto siamo?*, in *Riv. giur. lav.*, 2024, I, pp. 20-21.

<sup>98</sup> Su tale pilastro, C. KILPATRICK, *The Roaring 20s for Social Europe. The European Pillar of Social Rights and burgeoning EU legislation*, in *Transfer*, 29 (2), 2023, pp. 205 ss.

<sup>99</sup> Sulla riforma A. ALLAMPRESE, S. BORELLI, G. ORLANDINI, *La nuova direttiva sul distacco transnazionale dei lavoratori*, in *Riv. giur. lav.*, I, 2019, pp. 133 ss.; sul recepimento in Italia v. C. DE MARCO, *Le principali novità sulla disciplina del*

Si tratta di una materia in cui da sempre si è fortemente avvertita la tensione tra le esigenze del mercato unico e quelle di tutela del lavoro e le cui regole hanno fortemente inciso anche nell'interpretazione della disciplina in materia di contrattazione pubblica. Si pensi in particolare al caso *Rüffert*<sup>100</sup>, che ha messo in discussione la compatibilità con il diritto europeo delle previsioni volte a garantire uno *standard* di trattamento minimo ai lavoratori impiegati nelle catene pubbliche, utilizzando quale parametro proprio la disciplina in materia distacco transnazionale<sup>101</sup>.

Grazie anche alla presa di posizione della Corte di Giustizia del 2020<sup>102</sup>, la Direttiva del 2018 ha rappresentato un momento di svolta nella costruzione del mercato unico europeo.

Nella loro interpretazione della Direttiva del 2018, i giudici di Lussemburgo sembrano infatti aver finalmente individuato nelle finalità sociali non più un mero limite esterno alla concorrenza, ma un suo vero e proprio principio regolatorio, in considerazione anche di una inedita valorizzazione della clausola sociale

---

*distacco dei lavoratori comunitari nel D.Lgs. n. 122/2020 di recepimento della direttiva n. 2018/957 UE*, in *LPO*, 2021, pp. 186 ss.

<sup>100</sup> C. Giust., 3 aprile 2008, C-346/06, *Dirk Rüffert c. Land Niedersachsen*: in quell'occasione, la Corte di Giustizia aveva ritenuto in contrasto con la Direttiva 96/71/CE in materia di distacco transnazionale e con il principio di libera prestazione dei servizi stabilito dal Trattato, ora tutelato dall'art. 56 TFUE, la disciplina di un Land tedesco che imponeva ai concorrenti delle gare pubbliche, anche se stabiliti all'estero, di impegnarsi, con apposita dichiarazione, a corrispondere ai dipendenti la retribuzione prevista da un contratto collettivo territoriale, privo di efficacia generale. Per una più puntuale ricostruzione della vicenda, v. D. IZZI, *Lavoro negli appalti*, cit., pp. 90 ss. Sulla questione, v. *infra* Cap. II, par. 7.

<sup>101</sup> La natura controversa del caso, in materia di distacco, è stata messa in luce da C. MCCRUDDEN, *The Rüffert Case and Public Procurement*, in M. CREMONA (ed.), *Market Integration and Public Services in the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 117 ss. Sul legame tra il caso *Rüffert* e il bilanciamento tra libertà economiche e diritti sociali intervenuto nei due precedenti citati v. anche R. CARANTA, *Upholding General Principles versus Distinguishing Cases: On the Use of Precedent in EU Public Procurement Law (A Case Study)*, in A. SÁNCHEZ-GRAELLS (ed.), *Smart public procurement*, cit., pp. 48 ss.

<sup>102</sup> C. Giust. 8 dicembre 2020, C-620/18, C-626/18, *Polonia e Ungheria c. Parlamento e Consiglio*.

orizzontale prevista dall'art. 9 TFUE<sup>103</sup>. I giudici europei hanno così preso, almeno in parte, le distanze dai principi affermati nel cosiddetto *Quartetto Laval*<sup>104</sup>, ove la giurisprudenza europea ha seguito un approccio più marcatamente *market oriented*<sup>105</sup>.

È, però, dopo la pandemia che tale rinnovato spazio delle finalità sociali ha trovato riscontro in una molteplicità di iniziative e proposte volte all'introduzione di strumenti giuridici di spiccata rilevanza sociale nel solco del cosiddetto *Green Deal*<sup>106</sup>.

Fra tutte, merita di essere menzionata la Direttiva 2022/2041/UE sui salari minimi adeguati<sup>107</sup>, che riserva, peraltro, specifica attenzione anche alla materia dei contratti pubblici. È in particolare l'art. 9 che richiede agli Stati di adottare «misure adeguate a garantire che gli operatori economici e i loro subappaltatori, nell'aggiudicazione ed esecuzione di appalti pubblici o contratti di concessione, si conformino agli obblighi applicabili concernenti i salari, il diritto di organizzazione e la contrattazione collettiva sulla determinazione dei salari, nel settore del diritto sociale e del lavoro [...]».

---

<sup>103</sup> Sul punto v. D. IZZI, *Diritti sociali e integrazione negativa nel mercato unico europeo: da Laval a oggi*, in *Labor*, 2021, pp. 504 ss. Sulla clausola sociale orizzontale, in generale v. M. D. FERRARA, *L'integrazione europea attraverso il «social test»: la clausola sociale orizzontale e le sue possibili applicazioni*, in *Riv. giur. lav.*, 2013, I, pp. 300 ss.; A. PERULLI, *Diritti sociali fondamentali e regolazione del mercato nell'azione esterna dell'Unione Europea*, in *Riv. giur. lav.*, 2013, I, pp. 326 ss.

<sup>104</sup> Oltre al già citato caso *Rüffert*, del cosiddetto «*Laval Quartet*», fanno parte anche le pronunce: C. Giust., 11 dicembre 2007, C 438/05, *Viking*; 18 dicembre 2007, *Laval un Partneri Ltd*; 19 giugno 2008, C- 319/06, *Commissione delle Comunità europee contro Granducato del Lussemburgo*.

<sup>105</sup> S. CAFFIO, *Appalto, costo del lavoro e contratto collettivo di riferimento*, in D. GAROFALO (a cura di), *Appalti e lavoro.*, Vol. I, Giappichelli, Torino, 2017, p. 851.

<sup>106</sup> *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. The European Green Deal*, 11 dicembre 2019.

<sup>107</sup> Sulla centralità della Direttiva nell'ambito della nuova prospettiva sociale europeo, v. C. KILPATRICK, *The Roaring 20s*, cit., pp. 210 ss. Sul punto v. anche T. SCHULTEN, T. MÜLLER, *A paradigm shift towards Social Europe? The proposed Directive on adequate minimum wages in the European Union*, in *Italian Labour Law E-Journal*, 2021, 14 (1), pp. 1 ss. In generale sulla Direttiva, v. L. RATTI, *The Directive on Adequate Minimum Wages and the Revival of a European Social Union*, in L. RATTI, E. BRAMESHUBER, V. PIETROGIOVANNI (eds.), *The EU Directive on Adequate Minimum Wages*, 2024, Hart Publishing, Oxford, pp. 105 ss.

In tale linea di tendenza, si colloca anche l'attenzione dell'Unione Europea per la frammentazione produttiva e la responsabilità sociale d'impresa in linea con la più ampia sensibilità fattasi strada nella società internazionale rispetto all'impatto delle grandi catene mondiali sulle condizioni di lavoro<sup>108</sup>, soprattutto dopo gli eventi tragici di *Rana Plaza*<sup>109</sup>.

Sul piano unionale, a seguito di un travagliato processo legislativo<sup>110</sup>, si è giunti così all'adozione della Direttiva 2024/1760/UE relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità<sup>111</sup>, sulla falsariga del modello francese<sup>112</sup>,

---

<sup>108</sup> Si ricorda l'esistenza sul piano internazionale di numerosi atti di *soft law*, emanati a partire dai Principi Guida delle Nazioni Unite (*UN Guiding Principles on Business and Human Rights*, adottati dalle Nazioni Unite con risoluzione 17/4 del 16 Giugno 2011), primo strumento internazionale che ha fatto uso del concetto di «*due diligence*» al fine di garantire il rispetto dei diritti umani. Per una ricostruzione dei più importanti provvedimenti adottati in materia sul piano internazionale, v. C. CORDELLA, *The Slow Approval Process of the Due Diligence Directive and the Different Paths for the Involvement of Trade Unions*, in *Italian Labour Law E-Journal*, 16 (2), 2023, pp. 18 ss. Si v. anche C. SPINELLI, *Condizioni di lavoro nelle catene di fornitura: strumenti per una governance globale*, in *Var. temi dir. lav.*, 2023, pp. 1073 ss.; F. MICHELI, *Il lavoro nelle catene globali del valore*, cit., pp. 66 ss.

<sup>109</sup> Si allude all'episodio avvenuto il 24 aprile 2013 presso l'edificio di Rana Plaza in Bangladesh, nel quale hanno perso la vita più di un migliaio di lavoratori, impiegati da imprese parte di catene di produzione di grandi marchi internazionali. Sul valore simbolico del disastro di Rana Plaza, cfr. W. SANGUINETI RAYMOND, *Teoría del Derecho transnacional del trabajo*, Aranzadi, Pamplona, 2022, p. 62; J. M. DÍAZ RODRÍGUEZ, *El compromiso de las empresas líderes de cadenas mundiales de suministro con la libertad sindical y la negociación colectiva en otros países*, in W. SANGUINETI RAYMOND, J. B. VIVERO SERRANO (coord.), *La dimensión laboral de la diligencia debida en materia de derechos humanos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2024, pp. 267 ss.

<sup>110</sup> Per una panoramica del dibattito antecedente all'adozione della Direttiva, v. W. SANGUINETI RAYMOND, J. B. VIVERO SERRANO (coord.), *Diligencia debida y trabajo decente en las cadenas globales de valor*, cit.; W. SANGUINETI RAYMOND, J. B. VIVERO SERRANO (coord.), *La dimensión laboral de la diligencia debida en materia de derechos humanos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2024. Per un riassunto del dibattito nella dottrina italiana, v. M. MURGO, *Global value chains*, cit.; F. MICHELI, *Il lavoro nelle catene*, cit.

<sup>111</sup> Per un'analisi dei contenuti della Direttiva: N. BUENO, N. BERNAZ, G. HOLLY, O. MARTIN-ORTEGA, *The EU Directive on Corporate Sustainability Due Diligence (CSDDD): The Final Political Compromise*, in *Business and Human Rights Journal*, 2024, 9 (3), pp. 294 ss.; F. GUARIELLO, *Take Due Diligence Seriously: commento alla direttiva 2024/1760*, in *Giorn. lav. rel. ind.*, 2024, pp. 245 ss.

in parte anticipata nei contenuti dalla Direttiva 2022/2464/UE sulla rendicontazione societaria di sostenibilità (meglio nota come «*Corporate Sustainability Reporting Directive*», CSRD)<sup>113</sup>.

Nonostante le criticità dello strumento, l'adozione della Direttiva *Due Diligence* ha rappresentato un tentativo di mutare paradigma e di passare dall'«irresponsabilità al pieno coinvolgimento dell'impresa leader nella responsabilità per il rispetto dei diritti umani dei lavoratori lungo la filiera globale»<sup>114</sup>: una presa di posizione non indifferente nel più ampio dibattito sulla responsabilità sociale di impresa<sup>115</sup>.

Anche in questo caso la Direttiva dedica, peraltro, una certa attenzione alla contrattazione pubblica, incoraggiando espressamente l'estensione delle misure di *due diligence* in essa contenute anche in tale ambito<sup>116</sup>. Pur così spingendo ad una so-

---

<sup>112</sup> Si allude alla «*LOI n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*» che ha rappresentato il primo esempio di legge nazionale ad aver regolato degli obblighi di diligenza delle imprese in materia di diritti umani; cfr. A. LYON-CAËN, *Verso un obbligo legale di vigilanza in capo alle imprese multinazionali?*, in *Riv. giur. lav.*, 2018, I, pp. 240 ss. La legge francese ha ispirato altre iniziative nazionali come ad esempio la legge tedesca sulle catene di fornitura dell'11 giugno 2021, nota come «*Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz*»; cfr. L. NOGLER, *Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz: perché è nata e quali sono i suoi principali contenuti*, in *Giorn. lav. rel. ind.*, 2022, pp. 1 ss. Su tali leggi v. anche O. RAZZOLINI, voce *Datore di lavoro (diritto europeo): prospettive evolutive*, in *ED*, Giuffrè, Milano, 2023, pp. 516 ss.

<sup>113</sup> Al contrario delle altre, questa è già stata recepita in Italia con il decreto legislativo 6 settembre 2024, n. 125. Sui contenuti della Direttiva e sul suo recepimento, v. S. BORELLI, F. M. MUCCIARELLI, *La direttiva sulla rendicontazione di sostenibilità: fra trasparenza e partecipazione*, in *Riv. giur. lav.*, 2024, I, pp. 492 ss.

<sup>114</sup> O. RAZZOLINI, *Il lavoro povero nella catena contrattuale degli appalti. Spunti di riflessione*, in *Lav. dir. eur.*, 2022, n. 1, p. 3. Sui profili di responsabilità delle imprese dopo la Direttiva del 2024: L. GRAGNOLI, *Gli obblighi e la responsabilità civile dell'impresa alla luce della direttiva sul dovere di diligente controllo nelle organizzazioni transnazionali*, in *Var. temi dir. lav.*, 2025, pp. 491 ss.

<sup>115</sup> In tal senso, M. LIBERTINI, *Sulla proposta di Direttiva UE su "Dovere di diligenza e responsabilità delle imprese"*, in *Riv. soc.*, 2021, pp. 325 ss.; O. RAZZOLINI, *Il lavoro povero*, cit., p. 3.

<sup>116</sup> L'art. 31 richiede, infatti, agli Stati Membri di provvedere «affinché il rispetto degli obblighi derivanti dalle disposizioni di diritto nazionale che recepiscono la presente direttiva o dalla loro attuazione volontaria sia considerato un aspetto ambientale o sociale che le amministrazioni

stanziale rilettura delle finalità sociali perseguibili in attuazione della disciplina sugli appalti pubblici, la Direttiva 2024/1760/UE contiene però anche un espresso invito alla Commissione a «valutare se sia pertinente o meno aggiornare tali direttive [n.d.r. Direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE], in particolare per quanto riguarda i requisiti e le misure che gli Stati membri devono adottare per garantire il rispetto degli obblighi relativi alla sostenibilità e al dovere di diligenza durante tutte le procedure di appalto e di concessione»<sup>117</sup>.

La Direttiva 2024/1760/UE ha in effetti annunciato l'apertura di un processo di revisione delle Direttive del 2014, di lì a poco avviata dalla Commissione.

Dopo essersi fatta carico di realizzare un aggiornamento della guida *Buying social* nel 2021 tenendo conto anche delle esigenze sociali sorte a seguito della pandemia<sup>118</sup>, a fine 2024 la Commissione ha avviato un processo di consultazione sul livello di efficacia e adeguatezza delle Direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE<sup>119</sup>. Si tratta del primo passo di un iter volto alla complessiva revisione delle Direttive del 2014<sup>120</sup>,

---

aggiudicatrici possono, a norma delle Direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, prendere in considerazione nell'ambito dei criteri di aggiudicazione di appalti pubblici e contratti di concessione, e come una condizione ambientale o sociale che le amministrazioni aggiudicatrici possono, in conformità di tali Direttive, stabilire in relazione all'esecuzione di appalti pubblici e contratti di concessione». Sul legame tra *public procurement*, *due diligence* e tutela dei diritti umani, già prima della Direttiva, si v. O. MARTIN-ORTEGA, C. METHVEN O'BRIEN, *Public procurement and human rights: interrogating the role of the state as buyer*, in O. MARTIN-ORTEGA, C. METHVEN O'BRIEN (eds.), *Public Procurement and Human Rights. Opportunities, Risks and Dilemmas for the State as Buyer*, Eldgar, Cheltenham (UK), 2019, pp. 2 ss.

<sup>117</sup> Cons. 92, Direttiva 2024/1760/UE.

<sup>118</sup> COMMISSIONE EUROPEA, *Buying Social: A Guide to Taking Account of Social Considerations in Public Procurement*, II ed., 2021/C 237/01.

<sup>119</sup> DIRECTORATE-GENERAL FOR INTERNAL MARKET, INDUSTRY, ENTREPRENEURSHIP AND SMES, *Commission launches call for evidence and public consultation on the evaluation of the Public Procurement Directives*, 13 dicembre 2024, [https://single-market-economy.ec.europa.eu/news/commission-launches-call-evidence-and-public-consultation-evaluation-public-procurement-directives-2024-12-13\\_en](https://single-market-economy.ec.europa.eu/news/commission-launches-call-evidence-and-public-consultation-evaluation-public-procurement-directives-2024-12-13_en).

<sup>120</sup> A seguito della chiusura delle consultazioni, avvenuta a marzo 2025, se ne attende al momento l'esito. Un primo disegno di revisione delle Direttive è

anche in conformità con le linee di indirizzo politico dettate dalla Presidente della Commissione per il suo secondo mandato<sup>121</sup>.

È incerta, tuttavia, la direzione che verrà intrapresa nella concreta realizzazione di tale progetto di riforma. In particolare, non è affatto detto che tale processo di revisione seguirà lo stesso orientamento “sociale” adottato dall’Unione negli interventi di riforma fin qui citati, che, solo in parte, hanno interessato anche il mercato dei contratti pubblici.

Anche in considerazione delle turbolenze del panorama geopolitico, il progetto di revisione delle Direttive potrebbe infatti finire per porre una nuova enfasi sul ruolo centrale degli appalti pubblici come strumento di costruzione del mercato unico, da utilizzare “strategicamente” non al fine di promuovere la sostenibilità, quanto piuttosto finalità relative alla produttività, alla sicurezza dell’approvvigionamento e all’autonomia strategica<sup>122</sup>, in coerenza sia con gli obiettivi già annunciati dalla Presidente della Commissione che con quelli tracciati dai Rapporti Letta<sup>123</sup> e Draghi<sup>124</sup>.

Proprio il primo di questi rapporti riserva, peraltro, una peculiare attenzione alla materia dei contratti pubblici, prendendo le mosse dalla centralità del *procurement* pubblico nel mercato unico europeo e invitando ad una revisione delle Direttive che passi anche dalla riduzione degli obiettivi perseguiti dalla disciplina esistente in materia.

D’altra parte, però, lo stesso rapporto Letta auspica l’adozione di regole che possano garantire che la contrattazione pubblica diventi uno strumento di creazione di posti di lavoro di elevata qualità, caratterizzati da salari adeguati e dalla corretta applicazione dei contratti collettivi<sup>125</sup>. In tal senso, se nei primi commenti è emersa forte la preoccupazione che gli obiettivi rife-

---

invece atteso per settembre: M. COZZIO, *Appalti e concessioni: cosa c’è da rivedere*, in *Lavoce.info*, 14 aprile 2025.

<sup>121</sup> U. VON DER LEYEN, *Europe’s choice. Political guidelines for the next european commission 2024–2029*, Strasburgo, 18 luglio 2024, p. 11

<sup>122</sup> In tal senso, W. A. JANSSEN, *From Letta, to Draghi, to Reforming the Public Procurement Directives: Has Sustainability Left the Building?*, in *European Law Blog*, marzo 2025.

<sup>123</sup> E. LETTA, *Much more than a market*, aprile 2024.

<sup>124</sup> M. DRAGHI, *The future of European competitiveness*, settembre 2024.

<sup>125</sup> E. LETTA, *Much more*, cit., p. 46.

ribili alla sostenibilità abbiano lasciato la scena<sup>126</sup>, questo non parrebbe essere vero almeno per gli obiettivi sociali riferibili alle condizioni di lavoro.

Nel complesso, l'impressione è però quella che si sia ben lontani dalle politiche ispirate al *Green Deal* della prima Commissione Von der Leyen.

Si pensi, a tal riguardo, alla presentazione di una proposta di semplificazione della Direttiva 2024/1760/UE, avvenuta appena otto mesi dopo la sua approvazione. Si tratta del cosiddetto «Pacchetto *Omnibus* I», ispirato alla volontà di alleggerire gli oneri attualmente imposti sugli operatori economici, attraverso una modifica oltre che della citata Direttiva in materia di *due diligence*, anche alla Direttiva 2022/2464/UE sulla rendicontazione di sostenibilità e al Regolamento 2023/956/UE che istituisce un meccanismo di adeguamento del carbonio alle frontiere<sup>127</sup>. Una direzione, quella della semplificazione, che metterebbe in discussione finanche i risultati raggiunti con l'adozione della Direttiva *Due Diligence*, che risentono già di una forte natura compromissoria.

Rispetto al futuro degli obiettivi sociali nel mercato unico, un ruolo fondamentale rivestiranno anche le scelte che verranno compiute dalla Corte di Giustizia, chiamata a pronunciarsi sul ricorso d'annullamento della Direttiva 2022/2041/UE sui salari minimi adeguati proposto dal Regno di Danimarca<sup>128</sup>.

Se proprio la Direttiva salari ha, per molti, rappresentato il vero segnale del “cambio di passo” dell'Unione nell'approccio ai diritti sociali<sup>129</sup>, è inevitabile che sulla effettiva tenuta della

---

<sup>126</sup> In tal senso, W. A. JANSSEN, *From Letta*, cit.

<sup>127</sup> Per una prima analisi dei contenuti della proposta, v. S. BORELLI, F. GUARRIELLO, *Il primo pacchetto omnibus di semplificazione della Commissione europea: un passo indietro rispetto agli obiettivi di sostenibilità sociale e ambientale*, in *RGL giurisprudenza online – Newsletter*, 2025, n. 3.

<sup>128</sup> Regno di Danimarca c. Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea, 18 gennaio 2023, C-19/23. Sulla vicenda si v. E. MENEGATTI, *Why the Directive on Adequate Minimum Wages does Fit within EU competence: A Response to the Advocate General's Opinion*, ETUI Research Paper - Policy Brief 2025.02; A. SGROI, *L'Europa sociale a processo: la direttiva sui salari minimi adeguati e il problema della base giuridica*, Working Papers Fa.Ri., 2025, n. 7.

<sup>129</sup> Solo per citare alcuni esempi: A. BELLAVISTA, *La proposta di direttiva sui salari minimi adeguati. L'Europa sociale ad una svolta*, in *Dir. rel. ind.*, 2021, p. 411; S. D'ASCOLA, *Genesi (politica) e contenuto (giuridico) della direttiva sui salari*

stessa ricadano anche le speranze di chi vorrebbe che quella del “rilancio sociale” non si riduca solo ad una breve parentesi.

### 7. Il PNRR e la riscrittura del Codice dei contratti pubblici

Se, a livello europeo, il processo di revisione della disciplina sui contratti pubblici è ancora al suo stadio iniziale, in Italia, l’attuazione del *Next Generation EU*, attraverso lo strumento del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), è già stata, invece, l’occasione per importanti riforme della materia, con una particolare attenzione alla tutela dei lavoratori.

Per accedere ai fondi europei è stato infatti necessario realizzare una profonda revisione della disciplina dei contratti pubblici. Si è trattato di una delle cosiddette riforme “abilitanti” del PNRR, realizzata inizialmente dal Governo italiano in due tempi. Ad un primo intervento del 2021<sup>130</sup> ha fatto seguito l’adozione di un nuovo Codice dei contratti pubblici<sup>131</sup>, anche questo, come il precedente, attuativo della Direttiva europea del 2014. Dopo l’adozione del Codice, un ulteriore intervento “correttivo” è stato poi realizzato con il d.lgs. 31 dicembre 2024, n. 209.

Prendendo atto dei gravi problemi sociali spesso originati dall’impiego degli appalti, peraltro già denunciati da organi istituzionali<sup>132</sup>, il nuovo Codice ha proposto un assetto volto ad un’ulteriore integrazione e perseguimento delle politiche orizzontali attraverso l’uso dei contratti pubblici<sup>133</sup>.

Secondo talune letture, il segno della profonda differenza con il passato si coglie nel fatto che il Codice non declina più la

---

nel quadro della “nuova” Europa sociale, in P. ALBI (a cura di), *Salario minimo e salario giusto*, Giappichelli, Torino, 2023, pp. 95-100.

<sup>130</sup> Ci si riferisce al cosiddetto «Decreto Semplificazioni», il d.l. 31 maggio 2021, n. 77, convertito con modificazioni dalla legge 29 luglio 2021, n. 108.

<sup>131</sup> M. PROTTO, *Il (terzo) nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Giur. it.*, 2023, p. 1949.

<sup>132</sup> Ci si riferisce, in particolare, al rapporto realizzato nel 2021 dalla Commissione di Garanzia per l’attuazione dello sciopero nei servizi pubblici essenziali; CGSSE, *Appalti e conflitto*, cit.

<sup>133</sup> R. CARANTA, S. FICHERA, *Il nuovo codice degli appalti pubblici e le tutele sociali dal punto di vista dell’amministrativista*, in *Riv. giur. lav.*, 2024, I, p. 37.

concorrenza come una finalità, quanto piuttosto come uno strumento a servizio del risultato<sup>134</sup>, nell'ambito di una complessiva revisione dei principi che devono ispirare l'agire dell'amministrazione<sup>135</sup>.

Il Codice si apre infatti con un catalogo di principi, di cui primo è il cosiddetto «principio di risultato», che dovrebbe improntare tanto la fase dell'aggiudicazione che quella dell'esecuzione<sup>136</sup> alla ricerca della «massima tempestività e [a] migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza»<sup>137</sup>. In tal senso, la concorrenza viene intesa come «funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti»<sup>138</sup>.

Proprio in tale principio parte della dottrina<sup>139</sup> ha riconosciuto una leva ulteriore per l'integrazione di logiche di sostenibilità

---

<sup>134</sup> G. NAPOLITANO, *Il nuovo Codice*, cit., pp. 289-290. Su tale inversione di prospettiva, v. E. CARUSO, *Equo trattamento*, cit., pp. 868. L'A. sostiene che, almeno nella prassi, non ci sarà più spazio per le tesi neoliberali.

<sup>135</sup> In generale sui principi del nuovo codice v. G. NAPOLITANO, *Il nuovo Codice*, cit., pp. 287 ss.; R. CARANTA, *I principi nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, artt. 1-12, in *Giur. it.*, 2023, pp. 1950 ss.; R. URSI (a cura di), *Studi sui principi generali del Codice dei contratti pubblici*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2024.

<sup>136</sup> E. GUARNIERI, *Il principio di risultato nei contratti pubblici: alcune possibili applicazioni, tra continuità e innovazioni*, in *Dir. amm.*, 2023, p. 831.

<sup>137</sup> Art. 1, co. 1, del d.lgs. n. 36 del 2023.

<sup>138</sup> Cfr. art. 1, co. 2, prima parte, del d.lgs. n. 36 del 2023. Sostiene che ne sia risultata rafforzata la concorrenza rispetto al passato, H. SIMONETTI, *Principio del risultato e gerarchia degli interessi nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Judicium*, 12 settembre 2023.

<sup>139</sup> Cfr. G. RICCI, *Minimi salariali e costo del lavoro negli appalti pubblici*, in *Lav. dir. eur.*, 2024, n. 3, p. 7. Si v. anche E. GUARNIERI, *Il principio di risultato*, cit., pp. 833 ss.; nonché G. TAGLIANETTI, *Contratti pubblici e principio del risultato. Profili sostanziali e processuali*, in *Federalismi.it*, 2024, n. 14, p. 145, per cui il principio di risultato «deve pur sempre esser coniugato con la congerie di principi e obiettivi che il Codice mira a perseguire ([...] tra gli altri, [...] quelli sociali e ambientali, menzionati agli artt. 7 e 57)». Riconosce che gli obiettivi di sostenibilità siano stati ricompresi nel principio di risultato anche E. CARUSO, *Equo trattamento*, cit., pp. 895 ss., il quale, però, sottolinea come lo stesso principio lasci spazio a «scelte discrezionali delle p.a. che possono prediligere il polo dell'efficienza economica e dell'interesse di committenza oppure valorizzare il polo della sostenibilità e della produzione di valore pubblico» (p. 898). Sottolinea, invece, l'assenza di uno specifico riferimento ai principi di sostenibilità: R. CARANTA, *I principi*, cit., p. 1959. Secondo un'altra lettura, attribuendo un valore preminente ai tre principi posti in apertura del Codice

sociale, in linea con l'obiettivo dichiarato di perseguire non «un risultato purché sia», ma un risultato «virtuoso»<sup>140</sup>.

Il principio posto in apertura del Codice sarebbe dunque «proteso a sospingere l'amministrazione committente verso l'effettuazione di procedure di gara celeri ed efficaci, però ugualmente ispirate a un principio di equità, sia sotto il profilo concorrenziale [...], sia sotto quello della sostenibilità sociale, *sub specie* di tutele per la forza lavoro impiegata nelle commesse pubbliche»<sup>141</sup>.

In tal senso, milita anche l'inserimento, tra i principi ispiratori del Codice, di una disposizione posta a salvaguardia del trattamento economico e normativo dei lavoratori: l'art. 11 rubricato «Principio di applicazione dei contratti collettivi nazionali di settore. Inadempienze contributive e ritardo nei pagamenti».

---

(risultato, fiducia ed accesso al mercato), quali principi «che reggono l'interpretazione e l'applicazione dell'intero codice [...], si riporta nella giusta dimensione anche il discorso sulle finalità generali o di utilità sociale, dalla protezione dell'ambiente alla parità di genere, dell'attività contrattuale pubblica. Si tratta, infatti, di finalità rilevanti, protette nell'ordinamento europeo e anche nella disciplina nazionale, da ultimo nel PNRR, ma che non possono mai assurgere a scopi fondamentali dell'amministrazione per contratti. Il fatto che tali finalità non compaiano nei tre principi fondamentali ci ricorda che bisogna guardare ai contratti pubblici - parafrasando la visione che James Buchanan aveva della politica - senza romanticismo, con grande concretezza»; G. NAPOLITANO, *Committenza pubblica e principio del risultato, Relazione al Convegno Il Nuovo Codice degli Appalti Avvocatura dello Stato, Roma, 27 gennaio 2023*, in *Astrid*, 2023, p. 5. Sulle possibili letture del principio di risultato, v. anche D. CAPOTORTO, *Prime riflessioni sulla compatibilità costituzionale del principio del risultato nel nuovo sistema di regolazione della contrattualistica pubblica*, in *Riv. trim. appalti*, 2023, pp. 1309 ss.

<sup>140</sup> CONSIGLIO DI STATO, *Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante "Delega al Governo in materia di contratti pubblici"*. *Relazione agli articoli e agli allegati*, Roma, 7 dicembre 2022, p. 13. Anche la prima giurisprudenza amministrativa ha affermato che il principio di risultato «implica che il risultato che l'amministrazione deve perseguire debba essere "virtuoso", risultando tale quello che possa portare a diminuire i costi di un servizio assicurando allo stesso tempo l'accrescimento della qualità e della produttività»; TAR Sicilia – Catania, 11 novembre 2024, n. 3739, in *Riv. giur. lav., Giurisprudenza online*, 2024, n. 12. Sul punto v. E. GUARNIERI, *Il principio di risultato*, cit., p. 839.

<sup>141</sup> G. RICCI, *Minimi salariali e costo*, cit., p. 7.

Il nuovo Codice eleva così la tutela dell'equo trattamento economico e normativo dei lavoratori a vera e propria guida dell'agire delle pubbliche amministrazioni<sup>142</sup>.

L'attenzione nei confronti della materia lavoristica si riflette, peraltro, anche in altre scelte del nuovo Codice: oltre a introdurre la regola di parità di trattamento, al fine di rafforzare la tutela dei lavoratori impiegati in subappalto, il provvedimento si fa carico anche di una inedita prospettiva di inclusione lavorativa di donne, giovani e lavoratori considerati svantaggiati, attraverso l'introduzione delle nuove «clausole di terza generazione», già previste per i soli «appalti PNRR» dal d.l. n. 77 del 2021.

L'ultimo atto di tale processo di riforma è stato rappresentato dal d.lgs. n. 209 del 2024. Quest'ultimo è stato adottato in attuazione della delega attribuita al Governo dall'art. 1, co. 4, legge 21 giugno 2022, n. 78, di apportare, entro due anni dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 36 del 2023, «le correzioni e integrazioni che l'applicazione pratica renda necessarie od opportune, con la stessa procedura e nel rispetto dei medesimi principi e criteri direttivi», previsti ai fini della stesura del Codice.

Pur in gran parte ispirato alle indicazioni già date dall'ANAC<sup>143</sup>, l'iniziale testo della proposta di riforma, contenuto nello schema di decreto correttivo approvato dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri il 21 ottobre 2024, era stato ritenuto responsabile di legittimare l'utilizzo di contratti collettivi sottoscritti da soggetti sindacali dotati di scarsa rappresentatività «innescando così dinamiche dagli effetti incontrollati per la te-

---

<sup>142</sup> Sull'importanza del principio sancito dall'art. 11 sull'intero sistema v. A. DE SIANO, *Tutela del lavoratore e buon andamento della P.A. secondo il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Federalismi.it*, 2023, n. 14, pp. 101 ss.

<sup>143</sup> Il riferimento è a quanto previsto nella «Nota illustrativa al Bando tipo n. 1/2023», adottata in attuazione del disposto di cui all'art. 222, co. 2, d.lgs. n. 36 del 2023. Per un'analisi si v.: V. LIPPOLIS, *Novità per il lavoro nel Codice degli appalti pubblici*, in *Dir. prat. lav.*, 2023, n. 40, III; F. DI NOIA, *Le clausole sociali nel "nuovo" Codice dei contratti pubblici: conferme ed evoluzioni nel modello di tutela*, in *LPO*, 2023, pp. 622 ss.; nonché, più di recente, G. PIGLIALARMÌ, E. POIANI LANDI, *La contrattazione collettiva nel "nuovo" Codice dei contratti pubblici: problemi e prospettive*, in *Dir. rel. ind.*, 2024, pp. 1057 ss., ove si rinvergono anche taluni riferimenti alla iniziale proposta di correttivo.

nuta del sistema e della sua effettività»<sup>144</sup> e facendo scaturire il timore che nelle pieghe della riforma si nascondesse una sorta di tentativo di “scardinamento” del «sistema interconfederale di relazioni industriali»<sup>145</sup>.

A dire il vero, però, il testo che è infine confluito nel d.lgs. n. 209 del 2024 (d’ora innanzi anche «correttivo») sembra fare venire meno molti dei timori che esso aveva generato nella sua fase di gestazione.

Al contrario di quanto inizialmente prospettato, il d.lgs. n. 209 del 2024 pare infatti riuscire a chiarire alcune delle più rilevanti questioni interpretative che erano sorte nelle prime applicazioni del Codice del 2023 e che avevano finito per indebolire le garanzie lavoristiche preposte dallo stesso provvedimento soprattutto con riguardo all’applicazione dei contratti collettivi, nel solco di quelle stesse finalità che erano state perseguite dal Consiglio di Stato nella stesura del Codice del 2023.

Vale la pena rilevare, infine, che l’attenzione sociale mostrata dalle riforme realizzate in materia di appalti pubblici sembra essersi riflessa anche nella regolazione della materia degli appalti privati.

Anche in tale ambito, all’inizio del 2024, sono state introdotte delle novità significative, sempre attraverso uno strumento destinato a dare attuazione al PNRR, il decreto legge 2 marzo 2024, n. 19, convertito in legge con modificazioni dalla legge 29 aprile 2024, n. 56, noto come «Decreto PNRR 4».

In particolare, la riforma ha introdotto anche nel settore privato un meccanismo ulteriore rispetto alla responsabilità solidale del committente a tutela del trattamento economico e normativo dei lavoratori coinvolti in appalto. Evocando il meccanismo delle clausole sociali di equo trattamento, previste dai codici dei contratti pubblici, è stato introdotto un nuovo co. 1 *bis* all’art. 29 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, secondo cui: «Al personale impiegato nell’appalto di opere o servizi e nel subappalto spetta un trattamento economico e normativo complessivamente non inferiore a quello previsto dal con-

---

<sup>144</sup> G. PIGLIALARM, M. TIRABOSCHI, *Riforma codice appalti pubblici: una spallata alla tenuta del sistema di relazioni industriali*, in *Boll. ADAPT*, 2024, n. 45.

<sup>145</sup> Così, L. VALENTE, *Manovra a tenaglia sulle relazioni industriali*, in *lavoce.info*, 19 novembre 2024.

tratto collettivo nazionale e territoriale stipulato dalle associazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, applicato nel settore e per la zona strettamente connessi con l'attività oggetto dell'appalto e del subappalto»<sup>146</sup>.

Sull'onda emotiva scatenata da fatti gravi di cronaca relativi ad incidenti mortali sul lavoro e risentendo di una forte influenza della disciplina pubblicistica, il legislatore ha così fissato «un parametro per la determinazione del trattamento economico e normativo che va garantito nella medesima catena, mediante il rinvio a quanto stabilito dalla contrattazione collettiva qualificata dalla maggiore rappresentatività comparata degli agenti negoziali»<sup>147</sup>.

A dire il vero, anche in questo caso, la gestazione della riforma non ha mancato di sollevare timori rispetto alla tenuta del sistema sindacale: prima della sua conversione in legge, infatti, il decreto selezionava il contratto collettivo parametro adottando l'incerto criterio della “maggiore applicazione”<sup>148</sup>. Nel-

---

<sup>146</sup> Sulla riforma operata dal decreto legge n. 19 del 2024, v. I. SANTORO, *Il trattamento economico-normativo dei lavoratori negli appalti privati: «ritorno... alla legge»?*, in *Riv. giur. lav.*, 2024, I, pp. 281 ss.

<sup>147</sup> A. BELLAVISTA, *Le catene di appalti e la tutela dei lavoratori*, in *Dir. mer. lav.*, 2024, p. 82.

<sup>148</sup> Nella sua prima versione, la disposizione aveva fatto parecchio discutere perché prevedeva un rinvio al «contratto collettivo nazionale maggiormente applicato nel settore e per la zona il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto» in luogo del rinvio ai contratti firmati dalle «associazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale» introdotto poi in sede di conversione. Così formulata, all'indomani della sua introduzione la disposizione aveva finito per generare perplessità rispetto al modo in cui veniva identificato il contratto collettivo da adottare come parametro per la determinazione del trattamento economico dei lavoratori impiegati lungo la catena contrattuale, stante le difficoltà di individuare il «contratto collettivo maggiormente applicato», locuzione presa in prestito dalla proposte della maggioranza per l'attuazione della Direttiva europea in materia di salari minimi adeguati. Sulla genesi della riforma: A. BELLAVISTA, *Che cosa è il «contratto collettivo maggiormente applicato»?*, in *RGL, sez. Giurisprudenza online – Newsletter*, 2024, n. 3, pp. 1 ss.; A. LASSANDARI, *Rilievi sulla copertura contrattuale e su alcuni altri profili*, in U. CARABELLI (a cura di), *Salario, legge e contrattazione collettiva in Italia*, in *Riv. giur. lav. Quaderno 10/2024*, Roma, 2024, p. 81; A. RICCOBONO, *Logistica e diritti dei lavoratori nelle catene del valore: prospettiva qualificatoria e recenti novità legislative*, in *Var. temi dir. lav.*, 2024, pp. 462-463.

la sua formulazione finale, il nuovo co. 1 *bis* ha invece abbandonato tale criterio, adottando quello “classico” della maggior rappresentatività comparata.

In questo modo, pur con taluni limiti, la riforma dovrebbe impedire l'applicazione di contratti collettivi pirata o comunque firmati da organizzazioni di scarsa o nulla rappresentatività, che spesso propongono condizioni di lavoro “al ribasso” rispetto a quelli firmati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative. Al contempo, come nel settore pubblico, si dovrebbe altresì garantire l'applicazione di contratti legati da un vincolo di stretta connessione con l'oggetto dell'appalto.

La finalità è, dunque, quella di ridurre le pratiche di ricorso all'appalto solo per lucrare sul costo del lavoro<sup>149</sup>.

Si è certo così persa l'occasione per reintrodurre quella parità di trattamento<sup>150</sup> di cui, nell'appalto privato, si sente ormai l'assenza da più di vent'anni.

Cionondimeno, nel complesso, non può negarsi l'impatto significativo che il PNRR ha avuto sulla tutela dei lavoratori impiegati in appalto, in linea con la maggiore sensibilità sociale mostrata, almeno fino ad oggi, anche dall'Unione Europea.

---

<sup>149</sup> A tal fine, auspicava l'introduzione di una simile previsione G. ORLANDINI, *Gli obblighi di promozione della contrattazione collettiva nella direttiva sui salari minimi adeguati, tra interpretazione teleologica e uso delle fonti internazionali*, in P. ALBI (a cura di), *Salario minimo e salario giusto*, cit., p. 171.

<sup>150</sup> Su tale opportunità v. A. BELLAVISTA, *Appalti e tutela*, cit., pp. 7 ss.; A. RICCOBONO, *Tutela dei crediti di lavoro e responsabilità solidale nel “contratto di logistica integrata”*, in *Lav. giur.*, 2023, p. 374; M. MARIANI, *Il salario minimo legale: molti dubbi, e i vantaggi?*, in P. ALBI (a cura di), *Salario minimo e salario giusto*, cit., p. 335; nonché O. RAZZOLINI, *Salario minimo, dumping contrattuale e parità di trattamento: brevi riflessioni a margine della proposta di direttiva europea*, in *Lav. dir. eur.*, 2021, n. 2, p. 13. Una declinazione più ampia della regola di parità, ancorché circoscritta agli appalti “interni”, secondo il modello della legge 23 ottobre 1960, n. 1369, è stata inoltre auspicata dalla proposta di P. ALLEVA, *Restituire diritti e dignità ai lavoratori*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2018, pp. 63 ss. La reintroduzione della regola è stata ritenuta opportuna anche dal CNEL al fine di «contrastare il fenomeno del *dumping* contrattuale nel sistema degli appalti di servizi»; CNEL, *Elementi di riflessione sul salario minimo in Italia*, 12 ottobre 2023, pp. 36-37. Nello stesso senso, possono leggersi anche le proposte della CGIL, fra cui in particolare l'art. 89 della Carta dei diritti universali del lavoro del 2016, almeno nei casi di dipendenza economica, che per certi versi evoca una proposta già da tempo avanzata anche da P. ICHINO, *Il diritto del lavoro*, cit., pp. 203 ss.

## 8. Salario minimo e dintorni: le iniziative degli enti locali e regionali

Se i contratti pubblici sono stati per lungo tempo una materia scarsamente percepita dall'opinione pubblica (e, pertanto, almeno secondo una certa posizione, fatta salva dallo scontro politico<sup>151</sup>), lo stesso non può dirsi dopo i più recenti interventi.

Il susseguirsi delle riforme ha, invero, fatto acquisire al tema un inedito protagonismo, tanto da renderlo un terreno fertile anche per lo svolgimento del contestuale dibattito sull'attuazione della Direttiva 2022/2041/UE sui salari minimi adeguati.

L'entrata in vigore del Codice del 2023 è stata, infatti, seguita da diverse iniziative di enti locali volte a garantire una sorta di salario minimo "comunale", aprendo la strada anche ad interventi di simile contenuto sul piano regionale.

Nel corso dell'ultimo anno, diverse giunte comunali hanno infatti previsto un criterio ulteriore di esecuzione delle gare pubbliche, imponendo agli appaltatori il rispetto di un salario minimo pari a nove euro l'ora.

La prima di queste iniziative è costituita da una delibera adottata l'11 dicembre 2023 dal Comune di Livorno<sup>152</sup>, benché più nota sia la delibera della Giunta del Comune di Firenze, del 19 marzo 2024<sup>153</sup>, il cui contenuto è stato poi riproposto, con

---

<sup>151</sup> F. DI NOIA, *Le clause sociali*, cit., p. 645.

<sup>152</sup> Ci si riferisce alla delibera dell'11 dicembre 2023, n. 253, con cui il Consiglio Comunale di Livorno aveva già promosso «l'adeguamento per tutti i dipendenti del Comune di Livorno e per coloro che lavoreranno in un appalto comunale ad un salario minimo di 9 euro l'ora» nonché l'introduzione della «precondizione obbligatoria nella stesura del testo di tutti gli appalti comunali che tutti i lavoratori che saranno impegnati da coloro che si aggiudicheranno un appalto del Comune di Livorno, dovranno avere un salario minimo di 9 euro l'ora».

<sup>153</sup> Ci si riferisce alla delibera della giunta del Comune di Firenze del 19 marzo 2024, relativa alla *Tutela della retribuzione minima salariale nei contratti del Comune di Firenze*; sul punto v. G. PIGLIALARMÌ, *Retribuzione e appalti pubblici: alcune considerazioni sulla recente "rivolta" dei Comuni*, in *Boll. ADAPT*, 2024, n. 12; G. ORLANDINI, *La via comunale al salario minimo: il Comune di Firenze lo introduce per i propri appalti pubblici*, in *Diritti & Lavoro Flash*, 2024, n. 2, pp. 13 ss. La delibera è stata poi seguita da un protocollo tra il Comune di Firenze ed i sindacati CGIL, CISL e UIL, sottoscritto in data 21 maggio 2024, con cui le parti hanno preso atto della «volontà dichiarata dall'Amministrazione

variazioni, nelle delibere adottate da altre amministrazioni comunali che di lì a poco hanno aderito alla scelta di imporre una sorta di «salario minimo comunale»<sup>154</sup>.

Nella stessa direzione si sono mosse alcune Regioni, tramite l'adozione di leggi regionali o atti di indirizzo finalizzati a promuovere appalti in cui sia applicata una tariffa salariale almeno pari a nove euro l'ora.

Fra i primi enti regionali a intervenire in tal senso, si annovera la Regione Lazio, il cui Consiglio Regionale ha approvato all'unanimità una mozione<sup>155</sup> volta a garantire i minimi salariali negli appalti di cui la stessa Regione sia stazione appaltante<sup>156</sup>. Lo stesso è più di recente avvenuto anche in Umbria<sup>157</sup>.

È in Puglia che si sono però registrati gli interventi più significativi.

Tale regione ha dapprima adottato la legge regionale 30 maggio 2024, n. 19, contenente «Disposizioni per la qualità e la sicurezza del lavoro, per il contrasto al *dumping* contrattuale,

---

di assicurare, nei propri appalti, un intervento a favore delle condizioni retributive meno vantaggiose delle lavoratrici e dei lavoratori in appalto», facendo espresso rinvio alla delibera del 19 marzo 2024. Non si tratta di un caso isolato di protocollo tra le parti sociali e le amministrazioni comunali; per altri esempi, si v. F. MARTELLONI, *Appalti pubblici, tutele sociali e ruolo di istituzioni e sindacato nel contesto locale*, in *Riv. giur. lav.*, 2024, I, pp. 100 ss.

<sup>154</sup> A titolo esemplificativo si ricorda che alla delibera fiorentina ha fatto seguito, poco dopo, una delibera del Comune di Bacoli, a sua volta apripista in Campania, insieme al Comune di Pellezzano, con deliberazione della Giunta comunale del 21 marzo 2024, n. 34, seguiti nella regione dal Comune di Napoli, con delibera della Giunta comunale del 19 luglio 2024, n. 297. Nello stesso movimento, si inserisce anche la deliberazione del 26 luglio 2024, n. 136, della Giunta comunale di Civitavecchia.

<sup>155</sup> Il riferimento è alla mozione n. 155 dell'11 aprile 2024, presentata dal consigliere D'Amato, concernente la «Tutela della retribuzione minima salariale nei contratti di appalto di lavori, servizi e forniture e nelle concessioni della Regione Lazio».

<sup>156</sup> Un precedente nella Regione Lazio si rinviene nella legge regionale 17 giugno 2022, n. 9, che prevedeva l'introduzione di alcuni «criteri valutativi premiali» (art. 5), complessivamente volti alla valorizzazione, in sede di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, di misure volte a prevenire il *dumping* contrattuale nonché a migliorare la qualità e la sicurezza del lavoro, oltre che misure espressamente volte a incentivare la stabilità occupazione ed il riassorbimento nell'ipotesi di cambio di appalto.

<sup>157</sup> Il riferimento è alla mozione n. 2117, presentata in data 16 aprile 2024 dal Consigliere Meloni, relativa alla «Tutela della retribuzione minima salariale nei contratti dell'amministrazione regionale».

nonché per la stabilità occupazionale nei contratti pubblici d'appalto o di concessione eseguiti sul territorio regionale»<sup>158</sup>, con cui è stata prevista l'attribuzione di una premialità<sup>159</sup> per le imprese che, fra l'altro, applichino un trattamento economico minimo orario non inferiore a nove euro lordi, in tutti gli appalti pubblici e le concessioni della Regione, degli enti locali presenti nel suo territorio nonché di tutti gli enti e organismi strumentali, comprese le aziende sanitarie locali<sup>160</sup>.

Con la più recente legge regionale del 21 novembre 2024, n. 30, la Regione Puglia è poi andata oltre la previsione di una mera premialità, sostanzialmente riprendendo i contenuti delle delibere comunali già citate<sup>161</sup>. In particolare, è stato previsto,

---

<sup>158</sup> Per un commento, v. I. SANTORO, "Premio qualità" del lavoro nelle gare pubbliche: la legge della Regione Puglia e la parabola dei nove euro, in *Diritti & Lavoro Flash*, 2024, n. 4, pp. 4 ss.

<sup>159</sup> Come è stato suggerito, la struttura della legge regionale adottata dalla Regione Puglia pare risentire dell'impostazione della legge regionale n. 9 del 2022, adottata dalla Regione Lazio; I. SANTORO, "Premio qualità", cit., p. 4.

<sup>160</sup> Art. 5, lett. j), legge regionale n. 19 del 2024. Altri criteri premiali riguardano misure relative all'organizzazione d'impresa, la legalità e la certificazione, quali: «l'organizzazione improntata al benessere, alla salute e sicurezza, alla qualità del lavoro» (lett. a); «i percorsi di certificazione che riguardano l'organizzazione del lavoro e la gestione dei rischi a norma dell'articolo 30 del d.lgs. 81/2008» (lett. b); «il punteggio conseguito nel rating di legalità» (lett. f); «la presenza di nidi aziendali, spazio gioco e servizi educativi per l'infanzia» (lett. k). Ulteriori criteri sono volti all'inclusione di categorie svantaggiate e le pari opportunità, dandosi specifico rilievo alle «misure volte a promuovere l'occupazione giovanile, le politiche di genere e le pari opportunità tra uomo e donna» (lett. e) e alle «misure per l'inserimento dei lavoratori con disabilità assunti oltre gli obblighi previsti dalla legge 12 marzo 1999, n. 68 [...] e dei lavoratori con oltre ventiquattro mesi di anzianità di disoccupazione, nonché dei lavoratori rientranti nella categoria delle persone svantaggiate [...]» (lett. g). In altri casi, il valore premiale viene attribuito al rispetto stesso delle clausole sociali, premiando, di fatto, il rispetto stesso dell'obbligo di legge, come nel caso della lett. h) che riprende pedissequamente il testo dell'art. 11 del Codice, oppure rafforzando gli obblighi derivanti dalle clausole sociali, dando rilevanza all'assunzione dell'obbligo di assorbimento di tutto il personale già impiegato dall'appaltatore uscente, da parte dell'appaltatore subentrante nei procedimenti di cambio appalto» (lett. i).

<sup>161</sup> Anche nella Regione Puglia si erano registrate iniziative per la promozione di un salario minimo comunale. Si pensi al Comune di Noicàttaro, che con deliberazione della giunta comunale del 4 novembre 2024, n. 167, ha recepito ed integrato la legge regionale n. 19 del 2024 prevedendo oltre al «criterio premiale del trattamento economico minimo orario non inferiore a nove euro lordi», già previsto sul piano regionale, che il detto criterio vada riferito

all'art. 2, co. 2, che le stazioni appaltanti debbano verificare «che i contratti indicati nelle procedure di gara prevedano un trattamento economico minimo inderogabile pari a nove euro l'ora».

Più di recente, anche la Regione Toscana è intervenuta con delle iniziative volte ad introdurre una sorta di salario minimo regionale. Dopo una prima mozione approvata all'unanimità del Consiglio regionale<sup>162</sup>, è stata esitata la legge regionale 18 giugno 2025, n. 30. Quest'ultima è intervenuta a modificare la legge regionale 16 aprile 2019, n. 18, aggiungendo il nuovo art. 6.1, rubricato «Tutela dei lavoratori nei contratti pubblici di appalto di competenza regionale», attraverso cui si dispone che: «i bandi di gara delle procedure ad evidenza pubblica in cui la Regione Toscana, i suoi enti e organismi strumentali, incluse le aziende sanitarie locali e le società "in house", siano stazioni appaltanti o enti concedenti, con particolare riguardo agli affidamenti ad alta intensità di manodopera basati sul criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, prevedono quale criterio qualitativo premiale l'applicazione di un trattamento economico minimo orario non inferiore a nove euro lordi».

Negli appalti e nelle concessioni della Regione Toscana, l'applicazione di un trattamento economico minimo orario non inferiore a nove euro lordi assurge dunque a criterio qualitativo premiale, sulla falsa riga di quanto fatto dalla Regione Puglia con la sua prima iniziativa, la legge n. 19 del 2024, ma senza arrivare ad una vera e propria imposizione di un salario minimo, come invece previsto sempre dalla Regione Puglia con la legge n. 30 del 2024.

Ciò che accomuna le iniziative delle due Regioni è il tipo di fonte impiegata: si tratta in entrambi i casi di leggi regionali, e

---

«alle aziende che dimostrano che tutto il personale impiegato percepisca un salario orario non inferiore a nove euro lordi».

<sup>162</sup> Si allude alla mozione approvata all'unanimità in data 18 settembre 2024; *Comunicato stampa n. 0902 - Salario minimo: sì all'unanimità a mozione M5S*, 18 settembre 2024, al link: <https://inconsiglio.it/comunicato-stampa/salario-minimo-si-allunanimita-a-mozione-m5s/>. Sul punto, v. G. PIGLIARMI, *Ancora su appalti pubblici, contratti collettivi e salario minimo*, in *Boll. ADAPT*, 2025, n. 10.

dunque di una fonte idonea a dettare un vero e proprio vincolo per le amministrazioni.

Le iniziative comunali assumono invece un significato innanzitutto politico. Si tratta infatti per lo più di atti di indirizzo<sup>163</sup>, che segnalano la volontà delle amministrazioni locali e regionali di prendere parola sulla questione relativa all'introduzione di un salario minimo legale. E infatti, la scelta di imporre un salario pari a nove euro, reiterata in tutte le iniziative su richiamate, risente chiaramente del succitato dibattito<sup>164</sup>. Né pare un caso che la Direttiva europea sui salari minimi adeguati sia spesso richiamata negli atti adottati dagli enti regionali e locali, insieme all'art. 36 Cost.

In questi termini, anche al di là dell'attuazione del disposto dell'art. 9, può già riconoscersi alla Direttiva sui salari minimi adeguati un impatto positivo sul trattamento economico nell'ambito delle commesse pubbliche<sup>165</sup>, pur in assenza di una sua attuazione nell'ordinamento italiano. La Direttiva pare, infatti, aver spinto le Regioni e gli enti locali ad esprimersi nel dibattito relativo alla necessità di introdurre o meno un salario minimo in Italia, peraltro dando un segnale che si pone in netto contrasto con il parere dato dal CNEL.

Infatti, tale organo aveva individuato tra gli ostacoli all'introduzione del salario minimo anche quello consistente nell'aumento dei costi che questo determinerebbe per le amministrazioni pubbliche<sup>166</sup>, quasi indirettamente suggerendo una

---

<sup>163</sup> A. LO FARO, *Please In My Back Yard: esperienze locali di salario minimo e uso strategico dei contratti pubblici*, in *Lav. dir.*, 2025, p. 231.

<sup>164</sup> La tariffa oraria di nove euro rimanda alla proposta di legge n. 1275/2023, presentata il 4 luglio dai partiti di opposizione. L'influenza della proposta si legge, peraltro, a chiare lettere nella deliberazione n. 253 del 11 dicembre 2023 del Consiglio Comunale di Livorno, cit. Sull'imposizione della tariffa oraria, v. A. LO FARO, *Please In My Back Yard*, cit., pp. 231 ss.

<sup>165</sup> Sulla questione si v. anche *infra* Cap II, par. 8.

<sup>166</sup> Il CNEL ha messo in dubbio «l'impatto di una eventuale legge in materia di salario minimo sul sistema economico e produttivo e sulla stessa finanza pubblica con riferimento al problema delle esternalizzazioni e degli appalti di servizi nelle pubbliche amministrazioni. Ancora non chiariti – e comunque ampiamente dibattuti – sono i possibili effetti sui singoli lavoratori e sulle dinamiche complessive del mercato del lavoro (disoccupazione, tassi di occupazione regolare, ecc.)»; CNEL, *Elementi di riflessione sul salario minimo in Italia*, 12 ottobre 2023, p. 5.

ontologica propensione degli appalti pubblici (e delle stazioni appaltanti) a perseguire bieche logiche di abbattimento dei costi, anche a discapito del trattamento economico e normativo irrogato ai lavoratori in essi impegnati<sup>167</sup>.

Tuttavia, queste iniziative in materia di salario minimo hanno incontrato varie critiche, relative anzitutto alla loro base legale.

Già nei primissimi commenti alla delibera del Comune di Firenze e a quelle che si sono di lì a poco susseguite, tale scelta è stata contestata perché accusata di essere priva di base normativa. In particolare, s'è detto che nell'alveo del nuovo Codice le stazioni appaltanti sarebbero vincolate dalle indicazioni di cui all'art. 57, co. 1, e all'art. 102, co. 1, lett. b), le quali, pur prevedendo l'introduzione di apposite clausole sociali da parte della stazione appaltante, fra cui quelle previste dall'art. 11 ai fini dell'equo trattamento, «non conferiscono altro margine ai bandi di gara in materia di definizione delle condizioni di lavoro»<sup>168</sup>. In tal senso, il richiesto salario minimo potrebbe essere ritenuto legittimo solo quando declinato nei termini di misura premiale per l'operatore economico.

L'idea che le dette iniziative siano adottate in assenza di base giuridica ha spinto peraltro anche il Governo ad intervenire. Questo ha infatti impugnato l'ultima legge regionale pugliese, la legge n. 30 del 2024, lamentandone il contrasto con gli artt. 36, co. 1, 39, co. 4, 97 e 117 Cost., e contestando la competenza delle Regioni (e dunque indirettamente anche degli enti locali) sulla materia salariale<sup>169</sup>.

---

<sup>167</sup> S'è detto che quella del CNEL sarebbe un'implicita ammissione dell'esistenza di un gioco al ribasso sul costo del lavoro nel sistema della contrattualistica pubblica, funzionale anche a obiettivi di risparmio per le pubbliche amministrazioni»; G. RICCI, *Il sistema dei contratti pubblici e le tutele (non solo) salariali dei lavoratori*, in *Riv. giur. lav.*, 2023, I, p. 621.

<sup>168</sup> G. PIGLIARMI, *Retribuzione e appalti*, cit.. Una posizione particolarmente dura contro il «salario minimo comunale» è stata assunta anche alcune organizzazioni locali della CISL; cfr. CISL Brescia, *Parlare di lavoro pensando ad altro. Il caso del M5S e del "salario minimo comunale"*, 15 giugno 2024; CISL, Lazio. Coppotelli (Cisl): «Salario minimo a Civitavecchia? Netta contrarietà a delibera Comune. Atto politico e non efficace», 5 agosto 2024.

<sup>169</sup> L'impugnazione è avvenuta con ricorso n. 7 del 2025. Si v. G. PIGLIARMI, *Salario minimo e contratti pubblici: impugnatate le leggi regionali della Puglia*, in *Boll. ADAPT*, 2025, n. 6.

E lo stesso è avvenuto anche con rispetto alla legge regionale toscana, limitatamente al parametro di cui all'art. 117, co. 2, Cost.<sup>170</sup>, nonostante, come si è visto, la stessa abbia un contenuto meno intenso rispetto alla legge pugliese impugnata dal Governo, limitandosi a prevedere un criterio premiale. In questo caso, ad essere oggetto di contestazione del Governo non è dunque tanto l'oggetto del provvedimento, quanto piuttosto il riparto di competenza tra Stato e Regioni, sotto il profilo della regolazione della concorrenza e del mercato<sup>171</sup>.

Sotto tale profilo, sull'esito delle questioni non parrebbe far ben sperare la giurisprudenza della Corte Costituzionale. Quest'ultima in più occasioni ha avuto modo di affermare il principio per cui «la concorrenza, che in generale rinviene nell'uniformità di disciplina “un valore in sé perché differenti normative regionali sono suscettibili di creare dislivelli di regolazione, produttivi di barriere territoriali” (sentenza n. 283 del 2009), *a fortiori*, non tollera regole differenziate a livello locale nelle procedure che danno accesso alla stipula dei contratti pubblici»<sup>172</sup>.

Tale principio ha spinto di recente la Corte ad escludere che le Regioni, anche ad autonomia speciale, possano dettare una disciplina difforme da quella del Codice, tenuto conto che «tutte le disposizioni del Codice dei contratti pubblici che riguardano la scelta del contraente (le procedure di affidamento) sono riconducibili alla materia della tutela della concorrenza e costituiscono norme fondamentali di riforma economico-sociale, attuative anche di “obblighi internazionali nascenti dalla partecipazione dell'Italia all'Unione europea”»<sup>173</sup>.

Da ultimo, tale impostazione è servita alla Corte per rilevare l'illegittimità costituzionale della legge 16 luglio 2021, n. 2, della Provincia autonoma di Bolzano. Quest'ultima imponeva alla

---

<sup>170</sup> L'impugnazione è avvenuta con ricorso n. 32 del 2025.

<sup>171</sup> I. PETRONE, *Salario minimo negli appalti pubblici: al legislatore toscano risponde il Governo ricorrendo alla Consulta*, in *Diritti & Lavoro Flash*, 2025, n. 5, p. 14.

<sup>172</sup> Corte Cost., 28 gennaio 2022, n. 23, in G. U. 2 febbraio 2022, n. 5. Il principio è stato poi pedissequamente ribadito in Corte Cost., 7 novembre 2024, n. 174, in G. U. 13 novembre 2024 n. 46.

<sup>173</sup> Corte Cost., 19 giugno 2025, n. 80, in G. U. 25 giugno 2025 n. 26.

stazione appaltante di richiedere al solo concorrente collocatosi primo in graduatoria di indicare il costo della manodopera e del personale e degli oneri in materia di sicurezza, in contrasto con gli artt. 108 e 110 del d.lgs. n. 36 del 2023<sup>174</sup>.

Il caso da ultimo citato riguardava però una disciplina locale in contrasto con le disposizioni del nuovo Codice, ritenuta dalla Consulta financo idonea ad incrinare l'equilibrio tra la tutela della concorrenza e la tutela degli interessi dei lavoratori, ivi individuata. È proprio sulla scorta di questo contrasto che viene ritenuto violato il riparto di competenze di cui all'art 117 Cost.

Le leggi regionali in materia di salario minimo non sembrano invece entrare in un così palese conflitto con alcuna delle disposizioni del Codice dei contratti pubblici.

Da una parte, nulla priva le stazioni appaltanti di prevedere ulteriori criteri premiali rispetto quelli dettati dal Codice, come quelli previsti dalla prima legge regionale pugliese e, oggi, da quella toscana.

Dall'altra, è lo stesso art. 113, rubricato «requisiti per l'esecuzione dell'appalto», a consentire alle stazioni appaltanti di «richiedere requisiti particolari per l'esecuzione del contratto, purché siano compatibili con il diritto europeo e con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, innovazione e siano precisati nel bando di gara, o nell'invito in caso di procedure senza bando o nel capitolato d'onori. Dette condizioni possono attenersi, in particolare, a esigenze sociali e ambientali».

Tale previsione, che peraltro riprende in maniera quasi letterale il contenuto dell'art. 70 della Direttiva 2014/24/UE, intitolato «Condizioni di esecuzione dell'appalto», attribuisce un ruolo attivo delle stazioni appaltanti nell'integrazione della disciplina dei contratti pubblici al fine di perseguire obiettivi sociali.

Parrebbe così non doversi escludere *a priori* la legittimità delle iniziative regionali, anche nella più intensa formulazione della legge regionale n. 30, adottata lo scorso anno dalla Regione Puglia, nonostante le recenti affermazioni della Corte Costituzionale.

---

<sup>174</sup> Corte Cost., 19 giugno 2025, n. 80, cit. Su tali disposizioni v. *infra* Cap. II, par. 9.

E infatti, come è stato condivisibilmente sostenuto in dottrina, l'art. 113 autorizza «l'amministrazione a un uso strategico "positivo" del *public procurement*, non cioè limitato in negativo a ribadire obblighi sociali già esistenti ma a perseguire obiettivi ulteriori coerenti con una funzione sociale dei contratti pubblici che le stesse istituzioni euro-unitarie apertamente dichiarano di voler sostenere»<sup>175</sup>.

È del resto evidente che il salario minimo, comunale o regionale che sia, risponda alle esigenze sociali di cui all'art. 113, essendo espressamente ispirato dalla necessità di prevenire il lavoro povero quale fenomeno riferibile soprattutto ai lavoratori occupati nei «settori più fragili e poveri del mondo del lavoro, nei quali è più debole il potere contrattuale delle organizzazioni sindacali», secondo una formula adottata da molte delle delibere in esame al fine di giustificare l'intervento<sup>176</sup>.

Quanto al contenuto delle delibere e delle leggi regionali in questione, va poi tenuto in considerazione che, oltre a prevedere una sorta di salario minimo, su cui più si è concentrata l'attenzione dell'opinione pubblica, le richiamate delibere e leggi regionali presentano in realtà un contenuto più complesso, sempre orientato alla prevenzione del *dumping*.

In tal senso, i testi esitati dalle Regioni e dagli enti locali ribadiscono e integrano gli obblighi che devono ritenersi già gravanti in capo alle stazioni appaltanti, in ragione del contenuto del Codice dei contratti pubblici, spesso richiamando il dovere di applicare i contratti collettivi da individuare *ex art.* 11<sup>177</sup>, o

---

<sup>175</sup> A. LO FARO, *Please In My Back Yard*, cit., p. 239.

<sup>176</sup> G. ORLANDINI, *La via comunale al salario minimo*, cit., p. 14.

<sup>177</sup> In alcuni casi, la formulazione scelta dagli enti locali non è esattamente conforme al testo dell'art. 11. Così, ad esempio, nel caso del Comune di Pellezzano, delibera cit., si chiede che sia applicato il «contratto collettivo maggiormente attinente alla attività svolta», invece del criterio di stretta connessione adottato dal Codice. La stessa formula è impiegata anche dall'art. 2, co. 1, della legge regionale pugliese n. 30 del 2024. Alcune delibere non mancano di aggiungere però ulteriori obblighi o specificazioni rispetto, in particolare, alla clausola di equo trattamento contenuta nell'art. 11. In tal senso si v. la delibera del Comune di Firenze, cit., ripresa in maniera pedissequa da molti altri Comuni (v. le delibere del Comune di Pellezzano, delibera cit., del Comune di Napoli, cit., del Comune di Civitavecchia, cit.).

evocando gli obblighi oggetto delle clausole di seconda e terza generazione di cui all'art. 57<sup>178</sup>.

In altri casi, le amministrazioni hanno previsto invece l'introduzione di veri e propri meccanismi di vigilanza, come la redazione dei report o l'adesione ai sistemi di monitoraggio volontari, anche su spinta dei sindacati<sup>179</sup>: si tratta di iniziative chiaramente rivolte a prestare una maggiore vigilanza rispetto all'operato dell'appaltatore.

Anche tenuto conto di tale più complesso contenuto e al di là della possibilità che queste iniziative impongano dei veri e propri salari minimi regionali o comunali, il pregio di tali delibere e leggi regionali sta nel fatto che esse sembrano testimoniare, finalmente, anche una presa di coscienza da parte delle stazioni appaltanti della loro capacità di incidere sui trattamenti anzitutto economici dei lavoratori coinvolti negli appalti dalle stesse gestiti, ma anche, più in generale, sulla qualità e sulle condizioni di lavoro dei lavoratori impiegati negli appalti pubblici.

A queste iniziative può dunque riconoscersi quantomeno un valore simbolico non indifferente dal momento che alla discrezionalità delle stazioni appaltanti è rimessa buona parte della tutela della posizione, non solo retributiva, del lavoratore nel corso dell'esecuzione dell'appalto<sup>180</sup>.

---

<sup>178</sup> In questi termini, ad esempio, si esprime la legge regionale pugliese n. 19 del 2024 che prevede sia clausole volte a favorire la stabilità occupazionale che misure volte a favorire l'inserimento di categorie svantaggiate, tra le misure premiali di cui tener conto (art. 5).

<sup>179</sup> È il caso del Protocollo stipulato con le parti sindacali dal Comune di Firenze, il cui art. 5 prevede l'impegno del Comune «per gli appalti di servizi, a sperimentare, in alcuni casi pilota, l'utilizzo del "Monitoraggio Congruità Occupazionale Appalti" per verificare la concretezza, l'effettività e il rispetto degli impegni assunti dall'operatore economico concorrente all'atto del conferimento dell'appalto in termini di manodopera regolarmente denunciata, anche al fine di valutare la possibile estensione dell'impiego di questo strumento di verifica». Sul sistema MoCOA, v. A. G. RIU, *Monitoraggio Congruità Occupazionale Appalti (MoCOA)*, in *Dir. prat. lav.*, 2022, pp. 781 ss. Enfatizza l'impatto positivo dello strumento: I. ALVINO, *Integrazione produttiva, rivoluzione digitale e diritto del lavoro*, in *Federalismi.it*, 2022, n. 9, p. 103.

<sup>180</sup> E.K. SARTER, *Contracted Vulnerability? Job Quality, Service quality, and Public Procurement of Services*, in O. BENJAMIN, S.N. NYECK (eds.), *Gender, Vulnerability Theory and Public Procurement*, Routledge, Oxon, New York, 2024, p. 74.

## CAPITOLO II

### LE CLAUSOLE SOCIALI DI PRIMA GENERAZIONE: LA TUTELA DEL TRATTAMENTO ECONOMICO E NORMATIVO

SOMMARIO: 1. 1. Le clausole sociali di prima generazione: l'art. 36 St. lav. come paradigma. 2. L'evoluzione delle clausole di equo trattamento nei Codici dei Contratti pubblici: dal d.lgs. n. 163 del 2006 al d.lgs. n. 50 del 2016. 3. Il nuovo Codice dei contratti pubblici: l'equo trattamento come principio ordinatore. 4. L'individuazione del contratto collettivo applicabile. 5. Il problema delle tutele "equivalenti" tra accertamento e presunzione. 6. Le clausole di equo trattamento e i principi costituzionali. 7. Le clausole di equo trattamento e le frizioni con il diritto europeo. 8. Le clausole sociali nel panorama europeo dopo la Direttiva «salari minimi adeguati». 9. Il costo della manodopera e la valutazione di anomalia dell'offerta nelle procedure a evidenza pubblica. 10. I subappalti pubblici e la parità di trattamento "ritrovata". 11. La parità di trattamento nel Codice del 2023. 12. La responsabilità solidale tra affidatario e subappaltatore. 13. Le altre forme di responsabilità solidale nel settore pubblico. 14. La tutela della retribuzione nel corso dell'esecuzione: l'intervento sostitutivo della stazione appaltante. 15. La responsabilità della stazione appaltante e l'affidamento del terzo: una proposta *de iure condendo*.

#### 1. *Le clausole sociali di prima generazione: l'art. 36 St. lav. come paradigma*

Secondo una autorevole ricostruzione, le clausole sociali sono uno strumento che onera le imprese interessate a ottenere la concessione di benefici statali o ad aggiudicarsi appalti pubblici dell'«obbligo di applicare nei confronti dei lavoratori dipendenti alcune garanzie di tutela minima (prevalentemente di carattere retributivo ma non solo), in particolare assicurando l'osservanza dei contratti collettivi di lavoro»<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> E. GHERA, *Le c.d. clausole sociali: evoluzione di un modello di politica legislativa*, in *Dir. rel. ind.*, 2001, p. 133.

Si tratta di vincoli dal contenuto più vario, ma che vengono accomunati dal «profilo teleologico», consistente nel promuovere l'applicazione del contratto collettivo di categoria ed estenderne indirettamente l'efficacia soggettiva o, in genere, il rispetto delle tutele lavoristiche «in cambio di vantaggi diretti (per cui sgravi, agevolazioni) o indiretti (appalti, concessioni)»<sup>2</sup>.

Sebbene l'impiego delle clausole sociali sia stato progressivamente esteso anche al perseguimento di finalità ulteriori rispetto a quelle poc'anzi individuate<sup>3</sup>, la definizione appena richiamata è da ritenersi ancora attuale in relazione alle cosiddette clausole sociali di «equo trattamento», dette anche di «prima generazione».

Si tratta di disposizioni che perseguono l'obiettivo di imporre ai «datori di lavoro appaltatori il rispetto di determinati standard di protezione sociale e del lavoro durante la fase funzionale di esecuzione del rapporto»<sup>4</sup>, in modo da «assicurare che il trattamento normativo ed economico da riconoscere ai lavoratori impiegati nell'appalto sia identificato in misura omogenea per tutti i concorrenti»<sup>5</sup>, sottraendo le condizioni di lavoro alle pratiche di svalutazione competitiva. E infatti, le clausole di prima generazione mirano a influenzare le condizioni del trattamento economico e normativo dei lavoratori nella fase esecutiva dell'appalto, incidendo a monte già sulla fase di aggiudicazione<sup>6</sup>.

---

<sup>2</sup> *Ivi*, pp. 151-152.

<sup>3</sup> L'uso delle clausole sociali è stato esteso anche al perseguimento di finalità altre rispetto a quella di tutela del trattamento economico e normativo dei lavoratori in senso stretto. Sulle clausole di seconda e terza generazione, v. *infra* Cap. 3.

<sup>4</sup> A. BOSCATI, *Appalti pubblici e clausole sociali tra ordinamento interno e diritto dell'Unione Europea*, in A. BELLAVISTA., M. MARINELLI (a cura di), *Studi in onore di Alessandro Garilli*, Tomo I, Giappichelli, Torino, 2023, pp. 136-137.

<sup>5</sup> *Ivi*, p. 134.

<sup>6</sup> Ancorché le clausole siano volte a influenzare i trattamenti economici in corso d'esecuzione, è nella fase di aggiudicazione che esse esplicano in primo luogo la loro funzione, «andando così per certi versi a riequilibrare, sul lato delle garanzie per le tutele dei lavoratori, i termini del rapporto fra la dimensione concorrenziale e quella sociale nella regolazione delle procedure di aggiudicazione». Così G. RICCI, *A proposito di lavoro vulnerabile: le tutele dei lavoratori impiegati nelle filiere degli appalti*, in B. CARUSO (a cura di), *Il lavoro povero «sans phrase»*, Il Mulino, Bologna, 2024, p. 259. Nello stesso senso, v. W. GIULIETTI,

Il paradigma di riferimento è rinvenibile nell'art. 36 St. lav.<sup>7</sup>: tale disposizione, che costituisce il primo esempio<sup>8</sup> di disciplina generale relativa al trattamento da erogare ai lavoratori impiegati nell'esecuzione di commesse pubbliche<sup>9</sup>, rimane ancora ad oggi uno degli interventi legislativi più rilevanti in materia<sup>10</sup>.

In particolare, attraverso l'art. 36, lo Statuto ha introdotto l'obbligo di inserire nei capitolati di appalto per l'esecuzione di opere pubbliche una «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».

La *ratio* è analoga a quella del meccanismo di cui all'art. 3 della legge 23 ottobre 1960, n. 1369, che per più di un quarantennio ha rappresentato la garanzia cardine di tutela dei lavoratori<sup>11</sup> impiegati in appalti privati<sup>12</sup>, attraverso l'imposizione della parità di trattamento.

---

*La tutela del lavoro nei contratti pubblici attraverso le clausole sociali*, in *Dir. econ.*, 2023, n. 1, p. 20.

<sup>7</sup> S. CAFFIO, *Appalto, costo del lavoro e contratto collettivo di riferimento*, in D. GAROFALO (a cura di), *Appalti e lavoro*, Vol. I, Giappichelli, Torino, 2017, p. 850.

<sup>8</sup> La disposizione è stata preceduta da una lunga serie di provvedimenti alluvionali e settoriali. Cfr. F. MANCINI, *Sub Art. 36*, in *Statuto dei diritti dei lavoratori*, in A. SCIALOJA, G. BRANCA (a cura di), *Commentario del codice civile*, Zanichelli, Bologna, 1972, p. 545; A. FRENI, G. GIUGNI, *Sub art. 36*, in *Lo Statuto dei lavoratori*, Giuffrè, Milano, 1971, pp. 153 ss.; S. CENTOFANTI, *Sub art. 36*, in U. PROSPERETTI (diretto da), *Commentario dello Statuto dei lavoratori*, Giuffrè, Milano, 1975, pp. 1196 ss.

<sup>9</sup> In tal senso, F. MANCINI, *Sub Art. 36*, cit., pp. 542 ss. Si v. anche D. IZZI, *Le clausole di equo trattamento dei lavoratori impiegati negli appalti: i problemi aperti*, in *Riv. giur. lav.*, 2017, I, p. 451; F. PANTANO, *Le clausole sociali nell'ordinamento giuridico italiano. Concorrenza e tutela del lavoro negli appalti*, Pacini, Pisa, 2020, pp. 15 ss.; ID, *Clausole sociali, concorrenza, investimento pubblico e tutela del lavoro: dal Codice dei contratti pubblici al PNRR*, in *Federalismi.it*, 2022, n. 25, pp. 172-173.

<sup>10</sup> M. FORLIVESI, *Le clausole sociali negli appalti pubblici: il bilanciamento possibile tra tutela del lavoro e ragioni del mercato*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT - 275/2015, p. 11.

<sup>11</sup> La disposizione apprestava tutela ai lavoratori impiegati negli appalti (leciti) di opere e servizi «da eseguirsi nell'interno delle aziende con organizzazione e gestione propria dell'appaltatore imponendo al committente il rispetto, in solido con l'appaltatore, del diritto dei lavoratori dell'appaltatore ad un «trattamento minimo inderogabile retributivo» e «un trattamento normativo, non inferiori a quelli spettanti ai lavoratori» dipendenti del committente. Si stabiliva così un

In entrambi i casi, l'obiettivo del legislatore era infatti quello di evitare disparità di trattamento tra i lavoratori dipendenti dell'appaltatore e quelli impiegati dal committente<sup>13</sup>: nel settore privato attraverso l'obbligo di adeguare i trattamenti economici dei dipendenti dell'appaltatore a quelli dei lavoratori assunti alle dipendenze dirette del committente<sup>14</sup>; nel settore pubblico at-

---

principio di "parità di trattamento" (v. *infra* nt. 14), che, dopo un quarantennio, sarebbe poi stato travolto dal d.lgs. n. 10 settembre 2003, n. 276 che ha abrogato l'intera legge n. 1369, conservando la sola responsabilità solidale per i crediti retributivi e contributivi del lavoratore, rispetto quanto ai lavoratori sarebbe spettato dall'appaltatore (art. 29, co. 2). Sull'art. 3 della legge n. 1369 del 1960, cfr. E. LORIGA, *La disciplina giuridica del lavoro in appalto*, Giuffrè, Milano, 1965; G. BRANCA, *La prestazione di lavoro in società collegate*, Giuffrè, Milano, 1965; S. SPANO, *Il divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1965, pp. 116 ss.; L. MARIUCCI, *Il lavoro decentrato*, Franco Angeli, Milano, 1979, pp. 175 ss.; G. DE SIMONE, *Titolarità dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza. Interposizione, imprese di gruppo, lavoro interinale*, FrancoAngeli, Milano, 1995, pp. 133 ss.; M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui*, in P. SCHLESINGER (dir.), *Il Codice Civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 490 ss.; M. MARINELLI, *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 250 ss. In materia, dopo la riforma del 2003: F. SCARPELLI, *Art. 29 - Appalto*, in E. GRAGNOLI, A. PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, Cedam, Padova, 2004, pp. 409 ss.; L. CORAZZA, "Contractual integration" e rapporti di lavoro, Cedam, Padova, 2004, pp. 165 ss.; M. T. CARINCI, *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro: somministrazione e distacco, appalto e subappalto, trasferimento d'azienda e di ramo*, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 108 ss.; M. NICOLSI, *Il lavoro esternalizzato*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 173 ss. In argomento, da ultimo: V. SPEZIALE, *Il fenomeno dell'appalto nei suoi profili strutturali. Appalto lecito, illecito e intermediazione di mano d'opera*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT - 481/2024, pp. 5-6. Sul regime di responsabilità previsto dall'art. 29, co. 2, del d.lgs. n. 276 del 2003, v. anche *infra* par. 12.

<sup>12</sup> Si tratta di una regola che era invece ritenuta inapplicabile al settore pubblico: M. MARINELLI, *Decentramento produttivo*, cit., p. 151.

<sup>13</sup> F. MANCINI, *Sub Art. 36*, cit., pp. 553 ss.

<sup>14</sup> L'art. 3 della legge 1369 del 1960 imponeva «l'obbligatorietà di determinati trattamenti minimi individuati *ob relationem*: con riferimento, cioè, a una disciplina concreta di rapporti di lavoro aziendali, indipendentemente dall'essere o no fondata su un contratto collettivo». Ciò non significava che l'art. 3 della legge n. 1369 del 1960 imponesse «l'estensione del contratto collettivo oltre i limiti del precepto costituzionale, ma stabili[va] soltanto l'osservanza di un minimo di trattamento» che «preval[va] sul trattamento meno favorevole, anche se derivante da un contratto collettivo, per il principio, fondamentale nel nostro ordinamento, della prevalenza della norma di legge imperativa sulla norma di un contratto collettivo»; Corte Cost., 9 luglio 1963, n. 120, in *giurcost.org*. In

traverso la coazione indiretta all'applicazione dei minimi tariffari dei contratti collettivi<sup>15</sup>.

Sul punto, va osservato che l'art. 36 St. lav. individua nel contratto collettivo il parametro<sup>16</sup> di riferimento per definire il trattamento minimo da corrispondere ai lavoratori impiegati in appalto<sup>17</sup>, eventualmente derogabile *in melius*<sup>18</sup>.

In tal senso, la disposizione ha svolto una funzione di sostegno all'azione sindacale, attraverso un meccanismo di recezione materiale e indiretta degli accordi collettivi<sup>19</sup>: in questo modo si è cercato di colmare il vuoto lasciato dalla mancata attuazione dell'art. 39 Cost.<sup>20</sup>, senza tuttavia entrare in contrasto col dettato costituzionale, non attribuendo efficacia *erga omnes* diretta al contratto collettivo<sup>21</sup>.

Secondo la tesi prevalente, la clausola prevista dall'art. 36 St. lav. costituisce una stipulazione a favore di terzi *ex art.* 1411 c.c., per cui l'imprenditore è contestualmente obbligato sia nei confronti dell'autorità pubblica stipulante sia nei confronti dei lavoratori, terzi beneficiari della pattuizione<sup>22</sup>, anche

---

argomento: S. SPANO, *Il divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro*, cit., pp. 87-88.

<sup>15</sup> S. CENTOFANTI, *Sub art. 36*, cit., p. 1225. Nello stesso senso, v. A. BOSCATI, *Appalti pubblici*, cit., p. 137.

<sup>16</sup> G. BALANDI, *Le «clausole a favore dei lavoratori» e l'estensione dell'applicazione del contratto collettivo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1973, pp. 710 ss.

<sup>17</sup> La giurisprudenza di legittimità ha chiarito che l'art. 36 St. lav. prevede «non già l'applicazione di tutto il contratto collettivo di categoria» bensì «il rispetto del trattamento minimo previsto dal contratto medesimo»; così, Cass. Civ., sez. lav., 21 dicembre 1991, n. 13834, in *Giur. it.*, 1993, I, pp. 11130 ss., con nota di I. PICCININI, *Sull'art. 36 dello Statuto dei lavoratori: casse edili e «clausola sociale»*.

<sup>18</sup> P. TULLINI, *Finanziamenti pubblici alle imprese e «clausole sociali»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, p. 48.

<sup>19</sup> E. GHERA, *Le c.d. clausole sociali*, cit., 134 ss.; M. FORLIVESI, *Le clausole sociali negli appalti pubblici*, cit., p. 11.

<sup>20</sup> F. MANCINI, *Sub Art. 36*, cit., p. 546.

<sup>21</sup> E. GHERA, *Le c.d. clausole sociali*, cit., pp. 134 e 136; R. BORTONE, *Commento all'art. 36*, in G. GIUGNI (a cura di), *Lo statuto dei lavoratori*, Giuffrè, Milano, 1979, p. 650.

<sup>22</sup> F. MANCINI, *Sub Art. 36*, cit., pp. 551 ss. Sulla natura di tali clausole come stipulazione a favore di terzi, si v. anche S. CENTOFANTI, *Sub art. 36*, cit., pp. 1224 ss.; R. BORTONE, *Commento all'art. 36*, cit., 1979, p. 651; P. TULLINI, *Finanziamenti pubblici*, cit., p. 53; in giurisprudenza, v. Cass. Civ., sez. lav., 21

se eventualmente dipendenti dalle subappaltatrici dell'impresa titolare dell'appalto<sup>23</sup>. Ai lavoratori viene dunque riconosciuto un «diritto soggettivo alla applicazione del trattamento minimo previsto dal contratto collettivo»<sup>24</sup>.

In forza di un primo orientamento dottrinale, si tratta di un diritto di cui il lavoratore dovrebbe godere a prescindere dal fatto che la p.a. abbia inserito o meno nel capitolato una apposita clausola. E infatti, per parte della letteratura, in ragione della natura cogente dell'art. 36 St. lav., sarebbe possibile invocare l'art. 1339 c.c., per ottenere l'inserimento automatico della clausola sociale nel contratto d'appalto «in sostituzione delle eventuali disposizioni difformi, ovvero per supplire un'omissione»<sup>25</sup>.

La giurisprudenza maggioritaria non ha tuttavia seguito tale ricostruzione, subordinando il diritto del lavoratore e il relativo obbligo dell'imprenditore all'effettivo inserimento di una specifica clausola nel capitolato d'appalto<sup>26</sup>.

---

dicembre 1991, n. 13834, cit.; Cass. civ., sez. lav., 25 luglio 1998, n. 7333, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, II, pp. 459 ss., con nota di A. BELLAVISTA, *La clausola sociale dell'art. 36 St. lav. e l'art. 2070 c.c.*

<sup>23</sup> L'estensione dell'obbligo anche con riguardo ai lavoratori impiegati in subappalto deve ritenersi implicita nella formulazione letterale della disposizione che onera l'appaltatore di applicare o di far applicare [...] condizioni non inferiori a quelle risultanti dai contratti collettivi di lavoro della categoria e della zona»; F. MANCINI, *Sub Art. 36*, cit., p. 552. Così, anche E. GHERA, *Le c.d. clausole sociali*, cit., p. 135; M. FORLIVESI, *Le clausole sociali negli appalti pubblici*, cit., p. 11.

<sup>24</sup> E. GHERA, *Le c.d. clausole sociali*, cit., p. 135. A dire il vero, un indirizzo restrittivo accolto dalla giurisprudenza più risalente escludeva che la clausola avesse effetti diretti nei confronti dei lavoratori; cfr. Cass. civ., sez. lav., 28 novembre 1986, n. 7041, in *Foro it.*, 1987, I, pp. 45 ss.

<sup>25</sup> P. TULLINI, *Finanziamenti pubblici*, cit., p. 52. Nello stesso senso, v. anche F. MANCINI, *Sub Art. 36*, cit., pp. 550 ss.; S. CENTOFANTI, *Sub art. 36*, cit., p. 1217; R. BORTONE, *Commento all'art. 36*, cit., p. 649.

<sup>26</sup> Secondo la giurisprudenza, «il chiaro dettato della norma fa ritenere che l'obbligo di che trattasi non operi di diritto ma sia in concreto condizionato dall'inserimento della suddetta clausola "sociale" nel provvedimento di concessione e nei capitolati d'appalto», Cass. Civ. sez. lav., 21 dicembre 1991, n. 13834, cit.; nello stesso senso, v. Cass. civ., sez. lav., 10 marzo 1999, n. 2108, in *onelegale.wolterskluwer.it*. In tal senso, in dottrina: G. PERA, *Il rispetto della contrattazione collettiva nelle concessioni di pubblici servizi*, in *Giust. civ.*, 1998, II, p. 2428. In generale, sul dibattito: M. MARINELLI, *Decentramento produttivo*, cit., pp. 198 ss.; I. ALVINO, *Appalti delle pubbliche amministrazioni e tutela dei lavoratori dipendenti da appaltatori e sub-appaltatori*, in U. CARABELLI,

Oltre a questo limite, la disciplina statutaria ha altresì scontato il vincolo del suo campo d'applicazione, ristretto ai soli appalti di opere pubbliche, con un'inspiegabile esclusione degli appalti di servizi e fornitura e delle concessioni: restrizione che è stata in parte corretta dalla Corte Costituzionale, la quale ha ritenuto costituzionalmente illegittima per violazione dell'art. 3 Cost. l'esclusione delle concessioni di pubblico servizio dalla tutela disposta dall'art. 36 St. lav.<sup>27</sup>.

I contratti di servizi e di fornitura sono invece rimasti esclusi dall'ambito di applicazione della clausola<sup>28</sup>.

## 2. *L'evoluzione delle clausole di equo trattamento nei Codici dei Contratti pubblici: dal d.lgs. n. 163 del 2006 al d.lgs. n. 50 del 2016*

Rispetto ai limiti della disciplina statutaria, un decisivo passo in avanti è stato compiuto con l'adozione del primo «Codice dei contratti pubblici», emanato con il decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, in attuazione delle Direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE.

Al Codice va riconosciuto il merito di aver definitivamente superato le interpretazioni giurisprudenziali più restrittive dell'art. 36 St. lav., ovvero quelle che attribuivano alla clausola una natura meramente programmatica, condizionando la tutela del trattamento del lavoratore alla discrezionalità della stazione appaltante<sup>29</sup>.

E infatti, l'art. 118, co. 6, del d.lgs. n. 163 del 2006, ha introdotto l'obbligo *ex lege* per l'impresa affidataria di osservare integralmente il trattamento economico e normativo stabilito

---

M.T. CARINCI (a cura di), *Il lavoro pubblico in Italia*, Cacucci Editore, Bari, 2010, pp. 280-281.

<sup>27</sup> Corte cost., 19 giugno 1998, n. 226, in *Giust. civ.*, 1998, II, pp. 2423 ss., con nota di G. PERA, *Il rispetto della contrattazione collettiva nelle concessioni di pubblici servizi*.

<sup>28</sup> Su tale esclusione, v. A. FRENI, G. GIUGNI, *Sub art. 36*, cit., p. 156; S. CENTOFANTI, *Sub art. 36*, cit., p. 1207, nonché F. MANCINI, *Sub Art. 36*, cit., p. 545, che parla di una «inspiegabile deficienza».

<sup>29</sup> Cfr. D. TARDIVO, *Contrattazione collettiva e anormalità dell'offerta nel nuovo Codice dei Contratti pubblici*, in *Var. temi dir. lav.*, 2017, p. 1138.

dai contratti collettivi nazionale e territoriale, in vigore per il settore e per la zona nella quale avrebbero dovuto eseguirsi le prestazioni<sup>30</sup>.

Il Codice ha dunque imposto un obbligo direttamente in capo all'appaltatore, rendendo superflua l'ulteriore previsione di una apposita clausola di equo trattamento nel bando di gara o nel contratto di appalto ai fini dell'insorgenza del diritto dei lavoratori all'equo trattamento<sup>31</sup>.

Un'altra novità ha riguardato anche l'oggetto della tutela: mentre secondo l'opinione prevalente l'art. 36 St. lav. faceva riferimento alle condizioni contrattuali minime, la clausola contenuta nel Codice del 2006 si riferiva più compiutamente al rispetto integrale del trattamento economico e normativo previsto nel contratto collettivo<sup>32</sup>, con ulteriore integrazione nell'art. 4, co. 1, del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, secondo cui «il subappaltatore e i soggetti titolari di subappalti [...] devono osservare le norme e prescrizioni dei contratti collettivi nazionali e di zona stipulati tra le parti sociali firmatarie di contratti collettivi nazionali comparativamente più rappresentative, delle leggi e dei regolamenti sulla tutela, sicurezza, salute, assicurazione assistenza, contribuzione e retribuzione dei lavoratori»<sup>33</sup>.

Tuttavia, tanto la clausola statutaria quanto quella codicistica lasciavano larga discrezionalità alla stazione appaltante rispetto all'individuazione del contratto collettivo da applicare, al

---

<sup>30</sup> L'art. 118, co. 6, del d.lgs. n. 163 del 2006 prevedeva: «L'affidatario è tenuto ad osservare integralmente il trattamento economico e normativo stabilito dai contratti collettivi nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni [...]».

<sup>31</sup> S. VARVA, *Il lavoro negli appalti pubblici*, in M. AIMO, D. IZZI (a cura di), *Esteralizzazioni e tutela dei lavoratori*, Utet giuridica, Milano, 2014, p. 214; I. ALVINO, *Clausole sociali, appalti e disgregazione della contrattazione collettiva nel 50° anniversario dello Statuto dei lavoratori*, in *Lav. dir. eur.*, 2020, n. 2, p. 3; M. GIACONI, *L'impiego strategico degli appalti pubblici alla luce del d.lgs. 50/2016*, Aracne, Canterano (RM), 2019, p. 53. Per una più ampia disamina delle clausole contenute nel Codice del 2006, si rinvia a M. FORLIVESI, *Le clausole sociali negli appalti pubblici*, cit., pp. 14 ss.; 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, pp. 16 ss.

<sup>32</sup> F. SCARPELLI, *Regolarità del lavoro e regole della concorrenza: il caso degli appalti pubblici*, in *Riv. giur. lav.*, I, 2006, p. 773; S. VARVA, *Il lavoro negli appalti pubblici*, cit., p. 214.

<sup>33</sup> M. GIACONI, *L'impiego strategico*, cit., p. 53.

punto che entrambe si erano rivelate incapaci di imporre il rispetto di specifici contratti di settore coerenti con l'oggetto dell'attività, permettendo agli appaltatori di scegliere un contratto collettivo diverso in ragione della sua maggior convenienza economica<sup>34</sup>.

Ciò ha spinto il legislatore ad adottare una formulazione più rigida della clausola di equo trattamento in occasione dell'adozione del nuovo «Codice dei contratti pubblici», avvenuta con il decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, a sua volta attuativo delle Direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE.

L'art. 30, co. 4, del decreto, in particolare, ha imposto all'appaltatore di applicare «al personale impiegato nei lavori, servizi e forniture oggetto di appalti pubblici e concessioni [...] 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».

Introducendo il riferimento alla «stretta connessione», l'art. 30, co. 4, ha posto una «preclusione *ex lege* della possibilità di applicare un contratto relativo ad un settore estraneo all'attività oggetto dell'appalto e scelto solo in ragione della maggiore convenienze economica»: nelle intenzioni del legislatore, questo meccanismo avrebbe dovuto porre fine ai fenomeni di *shopping* contrattuale, diffusisi in applicazione del precedente Codice<sup>35</sup>.

Anche la nuova e più rigida formulazione della clausola di prima generazione, tuttavia, non è riuscita a garantire la piena efficacia dello strumento.

La clausola prevista dall'art. 30, co. 4, ha infatti scontato una lettura giurisprudenziale che ne ha, in parte, svuotato il

---

<sup>34</sup> D. IZZI, *Le clausole di equo*, cit., p. 459.

<sup>35</sup> Anche per il virgolettato, v. F. BORGOGELLI, *Modelli organizzativi e tutele dei lavoratori nei servizi di interesse pubblico*, in AIDLASS, *Frammentazione organizzativa e lavoro: rapporti individuali e collettivi. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro. Cassino 18-19 Maggio 2017*, Giuffrè, Milano, 2018, pp. 385-386.

contenuto, anche in ragione dell'esigenza di tutelare la libertà sindacale ed economica dell'impresa e, dunque, di rispettare i parametri costituzionali dettati dagli artt. 39 e 41 Cost. E ciò, sebbene l'opinione dominante in dottrina tenda a escludere un conflitto tra i detti parametri costituzionali e le clausole di prima generazione<sup>36</sup>. Soprattutto, la giurisprudenza amministrativa si è dimostrata attenta ad «esorcizzare possibili dubbi di legittimità costituzionale della norma», evitando di «affermare, *apertis verbis*», che dall'art. 30, co. 4, discendesse un qualche obbligo di applicazione di uno specifico contratto collettivo<sup>37</sup>.

Anzi, proprio ponendo l'accento sulla parte della disposizione che rinviava alla «stretta connessione», la giurisprudenza amministrativa ha finito per affermare il principio opposto «secondo cui non è consentito imporre alle imprese concorrenti l'applicazione di un determinato CCNL»<sup>38</sup>.

Secondo tale lettura, in applicazione del Codice del 2016 la stazione appaltante non avrebbe potuto né imporre uno specifico contratto collettivo all'operatore economico, né escludere dalla gara l'operatore che avesse voluto applicare un CCNL differente<sup>39</sup>, se non in ipotesi eccezionali<sup>40</sup>.

La giurisprudenza ha infatti individuato nella clausola non già un obbligo di applicazione del contratto *leader*, quanto piuttosto un mero limite alla libertà di impresa di scegliere l'accordo

---

<sup>36</sup> Sulla questione, v. *infra* par. 6.

<sup>37</sup> M. NOVELLA, *Costo del lavoro e retribuzione negli appalti pubblici di servizi. Il quadro normativo e qualche numero*, in *Lav. dir.*, 2020, p. 274.

<sup>38</sup> Cons. Stato, sez. V., 7 febbraio 2019, n. 5574, in *giustizia-amministrativa.it*.

<sup>39</sup> W. GIULIETTI, *La tutela del lavoro*, cit., pp. 15-16. In giurisprudenza, v. TAR Piemonte Torino, sez. I, 25 maggio 2020, n. 316, in *giustizia-amministrativa.it*.

<sup>40</sup> Pare che vi sia un solo caso in cui la giurisprudenza ha ammesso l'indicazione di un particolare contratto collettivo e la sua obbligatorietà, a fronte di un appalto che aveva ad oggetto un «servizio antincendio peculiare»; cfr. Cons. Stato, sez. III, 12 marzo 2018, n. 1574, in *giustizia-amministrativa.it*. Si tratta però di un caso isolato, che non ha messo in discussione il principio generale per cui «non rientra nella discrezionalità della stazione appaltante imporre o esigere dai partecipanti alla gara l'applicazione di un determinato contratto collettivo nazionale di lavoro tanto più quanto una o più tipologie di contratto possono anche solo astrattamente adattarsi alle prestazioni oggetto del servizio da affidare»; TAR Campania-Salerno, 2 novembre 2022, n. 2900, in *giustizia-amministrativa.it*.

da applicare. E tale limite veniva, in particolare, individuato nella «coerenza» del CCNL con l'oggetto dell'appalto<sup>41</sup>.

La giurisprudenza ha infatti sostenuto che la «scelta del contratto collettivo da applicare rientra[ss]e nelle prerogative di organizzazione dell'imprenditore e nella libertà negoziale delle parti, con il limite però che esso risult[asse] coerente con l'oggetto dell'appalto»<sup>42</sup>. Se infatti la libertà imprenditoriale «a sua volta non è assoluta, [...] 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»<sup>43</sup>.

Secondo tale orientamento, il suddetto limite avrebbe dovuto essere sufficiente a garantire la corretta applicazione dei contratti collettivi<sup>44</sup> e, dunque, indirettamente, a consentire un equo trattamento economico e normativo per i lavoratori coinvolti<sup>45</sup>.

---

<sup>41</sup> M. NOVELLA, *Costo del lavoro*, cit., pp. 274-275.

<sup>42</sup> Cons. Stato, sez. III, 25 febbraio 2020, n. 1406, in *giustizia-amministrativa.it*. Si tratta di un principio consolidato nella giurisprudenza del Consiglio di Stato; v. *ex multis* Cons. Stato, sez. V, 2 febbraio 2017, n. 932, in *giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. V., 7 febbraio 2019, n. 5574, cit. *Contra* E. CARUSO, *La funzione sociale dei contratti pubblici. Oltre il primato della concorrenza*, Jovene Editore, Napoli, 2021, pp. 427 ss., per cui, almeno con riguardo all'ipotesi in cui vi sia un solo contratto *leader* astrattamente applicabile, il legislatore avrebbe «inteso superare, nel settore dei contratti pubblici, il principio secondo cui la scelta del contratto collettivo rientri tra le prerogative dell'imprenditore».

<sup>43</sup> Cons. Stato, sez. V, 23 luglio 2018, n. 4443, in *giustizia-amministrativa.it*.

<sup>44</sup> M. FORLIVESI, *La tutela sociale negli appalti pubblici alla prova dei vincoli della giurisprudenza eurounitaria*, in *Riv. giur. lav.*, 2021, I, p. 629.

<sup>45</sup> Così, TAR Campania Napoli, sez. III, 7 febbraio 2023, n. 1488, in *giustizia-amministrativa.it*. Riprendendo alcuni precedenti giurisprudenziali, la pronuncia ha affermato che: «la corretta applicazione dei contratti collettivi conformemente alle rispettive sfere di applicabilità costituisce condizione imprescindibile per il regolare funzionamento del mercato del lavoro e per il dispiegarsi di una leale concorrenza tra imprese (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 4 maggio 2020 n. 2829), in quanto finalizzata a garantire sia che il personale impiegato venga adeguatamente tutelato per la parte giuridica e per quella economica, sia che le prestazioni oggetto della commessa siano correttamente eseguite attraverso una vincolante connessione funzionale delle stesse con i profili professionali più appropriati (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 25 febbraio 2020 n. 1406)». Il Consiglio di Stato ha inoltre riconosciuto la *ratio* della clausola nella volontà di «garantire, con la generalizzata applicazione dei

L'ottimismo mostrato dalla giurisprudenza si è, tuttavia, scontrato con un contesto di forte frammentazione contrattuale ove, per un verso, il fatto che il contratto collettivo sia firmato da sindacati comparativamente più rappresentativi non costituisce garanzia di minimi salariali adeguati<sup>46</sup>, e per altro esistono molteplici contratti collettivi applicabili al medesimo settore.

Di fatto, in ragione dell'interpretazione data dalla giurisprudenza dell'art. 30, co. 4, cit., gli operatori economici sono così rimasti liberi di scegliere contratti collettivi con trattamenti economici molto bassi e, talvolta, finanche in contrasto con la garanzia prevista dall'art 36 Cost.<sup>47</sup>, ma con un campo di applicazione trasversale<sup>48</sup>, come il CCNL Multiservizi<sup>49</sup> o il CCNL Vigilanza Privata e Servizi Fiduciari<sup>50</sup>. Tali scelte avrebbero potuto

---

contratti collettivi, che il personale impiegato sia adeguatamente tutelato e percepisca una retribuzione proporzionata rispetto all'attività in concreto svolta»; Cons. Stato, sez. III, 12 marzo 2018, n. 1574, cit. Anche in dottrina è stato sostenuto che l'impossibilità di scegliere un contratto collettivo diverso da quello connesso all'oggetto dell'appalto avrebbe impedito il diffondersi di meccanismi di *shopping* contrattuale e di *dumping* salariale; v. D. GAROFALO, *Appalti pubblici, minimo costituzionale e libertà di iniziativa economica privata nella giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in *Lav. dir. eur.*, 2022, n. 2, pp. 3-4; D. TARDIVO, *Contrattazione collettiva*, cit., pp. 1161-1162.

<sup>46</sup>Il riferimento è alle pronunce che hanno rilevato la non conformità all'art. 36 Cost. del CCNL Vigilanza Privata e Servizi Fiduciari; si v., in particolare, Cass. civ., sez. lav., 2 ottobre 2023, nn. 27711, 27713 e 27769 e 10 ottobre 2023, n. 28320, in *Riv. giur. lav.*, 2023, II, pp. 497 ss., con nota di A. LASSANDARI, *La Suprema Corte e il contratto collettivo: alla ricerca dell'equa retribuzione*.

<sup>47</sup>Sul punto, v. A. BELLAVISTA, *Appalti e tutela dei lavoratori*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 454/2022, pp. 14-15; O. RAZZOLINI, *Salario minimo, dumping contrattuale e parità di trattamento: brevi riflessioni a margine della proposta di direttiva europea*, in *Lav. dir. eur.*, 2021, n. 2, 11 ss.

<sup>48</sup> Si parla di «contratti *monstre*, dal campo di applicazione *omnibus*, trasversale a tutti i settori produttivi che si pongono come alternativa unica a tutti i contratti di categoria in qualsiasi settore economico, nessuno escluso»; S. CIUCCIOVINO, *Fisiologia e patologia del pluralismo contrattuale tra categoria sindacale e perimetri settoriali*, in *Lav. dir.*, 2020, p. 188.

<sup>49</sup> Sui problemi del CCNL Multiservizi, v. O. RAZZOLINI, D. ANDREUTTO, D. MICHELI, T. SOREBELLO, *Il multiservizi nell'esperienza della Commissione di garanzia*, in *Giorn. dir. rel. ind.*, 2021, pp. 731 ss.

<sup>50</sup> Anche in questo caso, si tratta di un contratto che presenta un ampio ambito applicativo, ma che, almeno prima degli ultimi rinnovi, è stato ritenuto dalla giurisprudenza in contrasto con l'art. 36 Cost.; così, anche prima delle

essere censurate solo allorché fosse stato palese il contrasto con l'attività oggetto di appalto e, dunque, con il criterio di coerenza positivizzato dal legislatore nell'art. 30, co. 4<sup>51</sup>.

Basti pensare che, in vigore del Codice del 2016, nel solo settore dell'igiene ambientale, è stato possibile applicare almeno otto diversi contratti collettivi, tutti conformi al criterio di coerenza in ragione della loro ampiezza e genericità<sup>52</sup>.

Gli operatori economici hanno così potuto presentare offerte abbastanza vantaggiose da aggiudicarsi la commessa, abbattendo i costi del lavoro (e dunque i salari) attraverso l'applicazione di un contratto collettivo "coerente" col settore, ma nondimeno al ribasso<sup>53</sup>. Del resto, la "coerenza", richiesta dall'art. 30, co. 4, non aveva nulla a che vedere con il trattamento dei lavoratori, trattandosi di un criterio riferibile alla sola connessione del contratto collettivo con l'oggetto dell'appalto e, dunque, con l'attività di fatto prestata dall'impresa.

Nel caso dell'igiene ambientale, ciò è avvenuto attraverso l'applicazione del CCNL Pulizie e Multiservizi o il CCNL Cooperative Sociali, preferiti dagli operatori economici proprio in ragione della possibilità di riconoscere retribuzioni nettamente inferiori rispetto a quelle garantite, prima, dal CCNL Fise-Assoambiente<sup>54</sup> e, oggi, dal CCNL di settore, unificato in occa-

---

sentenze della Cassazione già richiamate (*supra* nt. 46), Trib. Torino, 9 agosto 2019, n. 1128, in *Riv. it. dir. lav.*, 2020, II, pp. 28 ss., con nota di S. BELLOMO, *Determinazione giudiziale della retribuzione e individuazione del contratto collettivo – parametro tra art. 36 Cost. e normativa speciale applicabile ai soci lavoratori di cooperative*.

<sup>51</sup> In alcuni casi, ciò ha effettivamente condotto a censurare l'uso di contratti collettivi trasversali, in assenza di un vaglio di coerenza da parte della stazione appaltante. Ad esempio, v. TAR Piemonte Torino, sez. I, 25 maggio 2020, n. 316, cit., ove è stata censurata l'assenza di un vaglio di coerenza da parte della stazione appaltante con riguardo all'impiego del CCNL Multiservizi in una gara avente ad oggetto l'affidamento di servizi di trasporto e facchinaggio.

<sup>52</sup> O. RAZZOLINI, D. ANDREUTTO, T. SORBELLO, *Il conflitto nel settore dell'igiene ambientale: evidenze empiriche d'un'Italia divisa in due*, in *Giorn. dir. rel. ind.*, 2020, p. 400.

<sup>53</sup> Sul punto v. O. RAZZOLINI, *Salario minimo*, cit., pp. 10 ss.

<sup>54</sup> O. RAZZOLINI, D. ANDREUTTO, T. SORBELLO, *Il conflitto nel settore*, cit., p. 400-401.

sione del rinnovo contrattuale del 2022<sup>55</sup>. Neppure il rinnovo unificato del contratto di settore sembra infatti aver posto fine all'applicazione di contratti che prevedono un più basso costo del lavoro<sup>56</sup>.

Note sono anche le vicende che hanno riguardato il settore dei servizi museali: al contratto Federculture è stata spesso preferita l'applicazione del CCNL Vigilanza o di quello Multiservizi, proprio per la maggiore convenienza di tali contratti sul versante economico<sup>57</sup>.

Neppure l'art. 97, co. 5, lett. d), del d.lgs. n. 50 del 2016 è stato in grado di prevenire tali derive patologiche. La disposizione imponeva alla stazione di escludere l'offerta che avesse accertato essere «anormalmente bassa in quanto: [...] il costo del personale è inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle di cui all'articolo 23, comma 16» e cioè nelle tabelle ministeriali, utilizzate dalla stazione appaltante al fine di stimare preventivamente il costo della manodopera<sup>58</sup>.

Sulla funzione e struttura delle tabelle si avrà modo di tornare<sup>59</sup>. Per adesso, basti considerare che, secondo la giurispru-

---

<sup>55</sup> Si fa riferimento al rinnovo unificato del contratto del settore igiene ambientale per il triennio 2022-2024, con decorrenza retroattiva dall'1 gennaio 2022 al 31 dicembre 2024, su cui l'intesa è stata raggiunta il 18 maggio 2022 tra Utilitalia, Confindustria-Cisambiente, Agci, Legacoop, Confcooperative, Assoambiente e Fp-Cgil, Fit-Cisl, Ultrasporti, Fiadel, dopo una prima ipotesi di accordo già sottoscritta il 9 dicembre 2021. È attualmente in corso la trattativa unificata per il rinnovo.

<sup>56</sup> O. RAZZOLINI, *Relazione generale*, in CGSSE, *Relazione annuale 2023 sull'attività svolta nel 2022*, Roma, 2023, in *cgsse.it*, p. 18.

<sup>57</sup> Cfr. A. ANTONIUTTI, *La grande anomalia dei contratti*, in *Il Giornale dell'Arte*, 8 luglio 2022; E. CORNEGLIANI, *"Pagati quattro euro all'ora da quattro anni, ora basta": le proteste degli addetti all'accoglienza nei musei di Milano*, in *Il Fatto Quotidiano*, 30 maggio 2022. La scarsa applicazione del CCNL Federculture ha trovato riscontro anche nei dati raccolti nel 2022 dall'associazione «Mi Riconosci» attraverso un questionario somministrato ai lavoratori delle sedi culturali, lanciato il 6 novembre 2022 e chiuso il 9 gennaio 2023 con 2526 risposte. lavoratori delle sedi culturali. Secondo i dati, il contratto di settore sarebbe stato applicato solo nel 6,10% dei casi, contro un'applicazione del CCNL Multiservizi pari al 23,54%; cfr. *Lavorare nel settore culturale - 2022-2023*, in *miriconosci.it*, 17 gennaio 2023.

<sup>58</sup> Cfr. art. 23, co. 16, del d.lgs. n. 50 del 2016; sul punto v. E. CARUSO, *La funzione sociale*, cit., pp. 433 ss.; M. NOVELLA, *Costo del lavoro*, cit., pp. 266 ss.; A. BOSCATI, *Appalti pubblici*, cit., pp. 138 ss.

<sup>59</sup> V. *infra* par. 9.

denza, a prescindere dal dato letterale dell'art. 97, co. 5, lett. d), non sarebbe stato possibile escludere un'offerta in ragione di un costo del lavoro inferiore rispetto alle tabelle ministeriali, senza valutare la giustificabilità di tale scostamento.

In tal caso, sarebbe infatti stata considerata anomala un'offerta in ragione della sola applicazione di un contratto collettivo con minor costo del lavoro<sup>60</sup>, in violazione della libertà dell'imprenditore di applicare un contratto diverso, purché coerente con l'oggetto dell'appalto<sup>61</sup>. La scelta di un contratto diverso avrebbe infatti potuto pur sempre giustificare lo scostamento del costo del lavoro rispetto a quello indicato dalle tabelle.

A queste la giurisprudenza amministrativa ha infatti attribuito «un ruolo meramente statistico, di rilevazione del costo medio del lavoro nei diversi settori, e come tali non integrano un parametro assolutamente inderogabile all'interno della gara pubblica»<sup>62</sup>. Invero, secondo un indirizzo ampiamente consolidato, le tabelle sono da ritenersi «solo un parametro di valuta-

---

<sup>60</sup> TAR Sicilia, Palermo, sez. III, 5 maggio 2020, n. 943, in *giustizia-amministrativa.it*; nonché già in Cons. Stato, sez. V, 6 agosto 2019, n. 5574; Cons. Stato, sez. V, 23 luglio 2018, n. 4443; Cons. Stato, sez. III, 12 marzo 2018 n. 1574, disponibili in *giustizia-amministrativa.it*. La formulazione letterale della disposizione è stata, peraltro, oggetto di critica in dottrina, v. D. TARDIVO, *Contrattazione collettiva*, cit., pp. 1159-1160, che, aderendo al richiamato orientamento giurisprudenziale, parla di un «errore nella redazione del testo normativo». Una lettura meno aderente al dato letterale è proposta anche da M. NOVELLA, *Costo del lavoro*, cit., p. 270.

<sup>61</sup> Secondo la giurisprudenza, «non rientra nella discrezionalità dell'amministrazione appaltante imporre o esigere dai partecipanti alla gara un determinato Contratto collettivo nazionale di lavoro, tanto più qualora una o più tipologie di Contratti possano anche solo astrattamente adattarsi alle prestazioni oggetto del servizio da affidare (Cons. Stato, sez. V, 23 luglio 2018, n. 4443; id. 5 ottobre 2016, n. 4109); ne consegue che la mancata applicazione di un CCNL diverso da quello indicato dalla *lex specialis* di gara non può essere a priori sanzionata dalla stazione appaltante con l'esclusione per inammissibilità dell'offerta (Cons. Stato, sez. III, 2 marzo 2017, n. 975; 9 dicembre 2015, n. 5597); tale assunto vale anche in relazione alla valutazione di anomalia dell'offerta, legata al costo della manodopera in relazione al CCNL di riferimento (Cons. Stato, sez. V, 1 marzo 2017, n. 932; id. 12 maggio 2016, n. 1901)»; Cons. Stato, sez. III, 15 marzo 2021, n. 2168, in *giustizia-amministrativa.it*.

<sup>62</sup> Cons. Stato, sez. III, 22 luglio 2022, n. 6439, in *giustizia-amministrativa.it*.

zione della congruità dell'offerta, con la conseguenza che lo scostamento da esse, specie se di lieve entità, non legittima di per sé un giudizio di anomalia»<sup>63</sup>. Tale giudizio sarebbe potuto avvenire solo a fronte di «scostamenti eccessivi e tali da compromettere l'affidabilità dell'offerta»<sup>64</sup>, ovvero nell'ipotesi in cui l'offerente avesse scelto un contratto collettivo non coerente rispetto all'oggetto dell'appalto, in quanto ciò avrebbe inficiato l'adeguatezza dell'offerta<sup>65</sup>.

In tal modo, la particolare attenzione alla tutela della libertà di impresa mostrata dalla giurisprudenza amministrativa ha finito per sacrificare parte dell'impianto predisposto dal Codice del 2016 al fine di prevenire il *dumping* salariale, rendendo la disciplina proposta dal vecchio Codice non del tutto capace di sottrarre il costo del lavoro dal gioco della concorrenza<sup>66</sup>.

È solo nelle interpretazioni appartenenti ad un filone minoritario (e peraltro per lo più recenti) che tale indirizzo giurisprudenziale più rigido è stato messo in discussione. Alcune pronunce amministrative hanno infatti mostrato una maggiore considerazione delle finalità sociali, sottese alla clausola di equo trattamento<sup>67</sup>.

Si tratta di pronunce ove, in effetti, la giurisprudenza amministrativa ha realizzato un'applicazione più rigida delle disposi-

---

<sup>63</sup> Cons. Stato, sez. V, 6 febbraio 2017, n. 501, in *giustizia-amministrativa.it*.

<sup>64</sup> Cons. Stato, sez. III, 17 giugno 2016, n. 2685, in *giustizia-amministrativa.it*.

<sup>65</sup> Anche in tale ambito per la giurisprudenza «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 insanabilmente, per coerenza e adeguatezza, da quanto richiesto dalla stazione appaltante in relazione ai profili professionali ritenuti necessari, è idonea di per sé a determinare una ipotesi di anomalia, riflettendosi sulla possibilità di formulare adeguate offerte sotto il profilo economico incoerenti o incompatibili essendo i profili professionali di riferimento»; nello stesso senso v. Cons. Stato, sez. VI, 20 ottobre 2020, n. 6336, in *giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. III, 15 marzo 2021, n. 2168, cit.

<sup>66</sup> Su ciò concordano, fra gli altri: I. ALVINO, *Clausole sociali*, cit., p. 9; M. NOVELLA, *Costo del lavoro*, cit., pp. 273 ss.; O. RAZZOLINI, *Salario minimo*, cit., p. 11.

<sup>67</sup> G. RICCI, *A proposito di*, cit., pp. 260-261.

zioni richiamate, non solo con riguardo al principio di “coerenza”<sup>68</sup>, ma anche in riferimento alla rappresentatività delle organizzazioni stipulanti<sup>69</sup>.

Merita in particolare di essere menzionata una sentenza di merito che ha apertamente riconosciuto la legittimità del sindacato della stazione appaltante rispetto alla conformità del CCNL applicato dall'appaltatore al parametro di cui all'art. 36 St. lav.<sup>70</sup>: ciò in considerazione del combinato disposto degli artt. 95, co. 10, e 97, co. 5, lett. d), del d.lgs. n. 50 del 2016, che richiedeva alle stazioni appaltanti di verificare che il costo del personale non fosse inferiore ai minimi salariali retributivi.

Sono pronunce, probabilmente non a caso, in gran parte orientate ad escludere l'applicazione del CCNL Vigilanza e Servizi Fiduciari, mostrando una consapevolezza della giurisprudenza dell'impiego di tale contratto come strumento di *dumping*<sup>71</sup>, peraltro in linea con quella altra giurisprudenza<sup>72</sup> che ha rilevato la difformità dei livelli retributivi in esso previsti con

---

<sup>68</sup>In un caso relativo ad un appalto per la gestione dei servizi di accoglienza nelle residenze universitarie, si è ritenuto, conformemente alle valutazioni operate dalle stazioni appaltanti che «il CCNL Vigilanza non fosse compatibile con l'oggetto dell'appalto, implicando un catalogo di attività non coerente con il complesso delle prestazioni professionali richieste per il servizio di reception, custodia e accoglienza, qualificato dall'art. 5 del capitolato come servizio principale»; in TAR. Campania Napoli, sez. III, 7 marzo 2023, n. 1488, in *giustizia-amministrativa.it*.

<sup>69</sup> Si v. Cons. Stato, sez. V, 19 giugno 2023, n. 6008, in *giustizia-amministrativa.it*, in cui il Consiglio di Stato si è spinto a censurare l'omessa valutazione da parte della stazione appaltante del rispetto dei «requisiti di rappresentatività comparata» nella scelta del contratto collettivo da applicare.

<sup>70</sup> TAR Lombardia, 28 novembre 2023, n. 2830, in *RGL giurisprudenza online – Newsletter*, 2024, n. 3, con nota di M. CASIELLO, *Appalto pubblico e offerta economica basata su un Ccnl non coerente: l'esclusione è legittima*, e in *Riv. it. dir. lav.*, 2024, II, pp. 112 ss., con nota di A. SCELSI, *CCNL “Servizi Fiduciari” e giusto salario. Anche il giudice amministrativo si adegua al nuovo corso della Cassazione*, ove si sindacava l'applicazione del CCNL Vigilanza e Servizi Fiduciari.

<sup>71</sup> Tale consapevolezza emerge chiaramente in TAR Lombardia, 28 novembre 2023, n. 2830, cit., ove si sottolinea come il CCNL Vigilanza «si caratterizza per il fatto di essere ormai obsoleto e disapplicato in sede giudiziale, [...] così realizzando non soltanto un pregiudizio all'interesse pubblico della stazione appaltante, ma anche una forma di “dumping” ad un tempo lesiva del leale gioco concorrenziale e dei diritti sociali».

<sup>72</sup> V. *supra* nt. 46 e 50.

la garanzia di cui all'art. 36 Cost., almeno prima dei recenti rinnovi.

### *3. Il nuovo Codice dei contratti pubblici: l'equo trattamento come principio ordinatore*

Rispetto al quadro sin qui delineato, un ulteriore passo in avanti è stato realizzato dal «Codice dei contratti pubblici», introdotto dal d.lgs. n. 36 del 2023 ed entrato in vigore nel luglio dello stesso anno.

Il nuovo Codice, adottato su spinta del PNRR, ha rappresentato un'ulteriore occasione per ridisegnare il contenuto delle clausole sociali di prima generazione, elevando la tutela dell'equo trattamento a vero e proprio cardine del sistema.

L'art. 11 prevede infatti, nell'ambito dei cosiddetti «principi» declinati in apertura del Codice, una clausola di prima generazione, di contenuto, per un verso, molto simile al precedente art. 30, co. 4, d.lgs. n. 50 del 2016<sup>73</sup>, e, per altro, ben più preciso, quanto all'individuazione del contratto collettivo da applicare.

In continuità con il precedente Codice, l'art. 11, co. 1, d.lgs. n. 36 del 2023, dispone 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 quello il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente».

In tal senso, si continua a prevedere che ai lavoratori debba essere applicato un contratto collettivo firmato dalle organizza-

---

<sup>73</sup> In dottrina, s'è detto che «l'art. 11 del codice appalti si colloca, almeno globalmente, in una posizione di sostanziale continuità con la precedente normativa italiana in questo settore»; A. TAMPIERI, *Contratti collettivi e tutele salariali nell'art. 11 del codice appalti pubblici*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2024, p. 213.

zioni comparativamente più rappresentative e il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso all'oggetto dell'appalto.

I criteri di selezione del contratto collettivo rimangono, dunque, gli stessi. A cambiare è invece il soggetto deputato ad individuare il CCNL.

L'art. 11, co. 2, prevede infatti che siano le stazioni appaltanti e gli enti concedenti ad indicare il contratto collettivo applicabile, in conformità ai criteri previsti dal comma 1 (come si vedrà, oggi meglio specificati dall'All. I.01).

Si tratta di una significativa cesura rispetto al passato. Come si è avuto modo di osservare, in vigenza del precedente Codice, la giurisprudenza amministrativa aveva ritenuto che spettasse all'appaltatore la scelta del contratto collettivo, purché nel rispetto dei criteri delineati dall'art. 30, co. 4. Conseguentemente, l'eventuale contratto indicato dalla stazione appaltante nel bando non avrebbe avuto alcun effetto, se non quello di far presumere la stretta connessione del contratto con l'oggetto dell'appalto e, dunque, la sua conformità alla clausola sociale<sup>74</sup>. Ciò ha consentito agli operatori economici di avvalersi anche di contratti collettivi con un campo di applicazione trasversale ma con trattamenti economici molto bassi (e, talvolta, finanche in contrasto con la garanzia prevista dall'art 36 Cost.), pur senza violare la clausola sociale contenuta nell'art. 30, co. 4.

Proprio al fine di superare tali forme di *dumping*<sup>75</sup>, il Codice del 2023 ha invece attribuito direttamente alle stazioni appaltanti e agli enti concedenti il compito di indicare, all'interno dei bandi o degli inviti, il contratto collettivo applicabile al personale dipendente impiegato nell'appalto o nella concessione.

In vigenza del nuovo Codice, spetta dunque alla stazione appaltante o ente concedente (e non più all'operatore economico)

---

<sup>74</sup> *Ex multis* TAR Campania, 7 febbraio 2023, n. 1488, in *giustizia-amministrativa.it*.

<sup>75</sup> Si v. CONSIGLIO DI STATO, *Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante "Delega al Governo in materia di contratti pubblici". Relazione agli articoli e agli allegati*, Roma, 7 dicembre 2022, p. 27. In tal senso, in dottrina: D. GAROFALO, *Appalti pubblici e tutele dei lavoratori*, in V. NUZZO, E. RAIMONDI (a cura di), *Liber Amicorum per Valerio Speciale*, Tomo I, Bari, 2024, 499 ss.

<sup>75</sup> Ispettorato Nazionale del Lavoro, nota n. 687 del 19 aprile 2023.

individuare il contratto collettivo da applicare in quanto «strettamente connesso» con l'oggetto dell'appalto<sup>76</sup>.

Ciò trova ulteriore conferma nel d.lgs. n. 209 del 2024, anche noto come “correttivo”, che ha modificato e integrato la disciplina originariamente delineata dal Codice, pur lasciandone invariato l'assetto complessivo.

L'art. 11, co. 2, come modificato dal d.lgs. n. 209 del 2024 prevede infatti che le stazioni appaltanti e gli enti concedenti debbano individuare il contratto collettivo da applicare oltre che «nei documenti iniziali di gara», come già precedentemente previsto, anche nella «decisione di contrarre di cui all'articolo 17, comma 2».

#### *4. L'individuazione del contratto collettivo applicabile*

Nella sua originale formulazione, pur attribuendo alla stazione appaltante o ente concedente il compito di individuare il contratto da applicare, il Codice del 2023 non si premurava di individuare i criteri di scelta del contratto collettivo da indicare nel bando di gara, lasciando, di fatto, un'ampia discrezionalità all'amministrazione<sup>77</sup>.

La p.a. avrebbe dovuto individuare il contratto collettivo da applicare, ex art. 11, co. 2, nel solo rispetto della maggior rappresentatività comparata e del criterio di stretta connessione, cioè gli stessi criteri che in passato era tenuto a rispettare l'operatore economico.

---

<sup>76</sup> Va ricordato che già in vigore dell'art. 36 St. lav., in dottrina, veniva auspicato l'inserimento non di una generica clausola sociale relativa al rispetto del contratto collettivo, quanto piuttosto di una contenente la precisa indicazione del contratto collettivo da adottare quale parametro; cfr. A. BELLAVISTA, *La clausola sociale dell'art. 36 St. lav. e l'art. 2070 c.c.*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, II, p. 463. Nello stesso senso già S. CENTOFANTI, *Sub art. 36*, cit., p. 1223.

<sup>77</sup> Anche in dottrina si è sottolineato come il Codice non prevedesse alcuna indicazione o criterio per la scelta della fonte collettiva da indicare nel bando; così E. CARUSO, *Equo trattamento dei lavoratori nel nuovo codice dei contratti pubblici tra sostenibilità e risultato amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2023, p. 876; A. DE SIANO, *Tutela del lavoratore e buon andamento della P.A. secondo il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Federalismi.it*, 2023, n. 14, pp.108 ss.

Nulla vietava, dunque, che a fronte di più contratti collettivi astrattamente coerenti fosse la stessa stazione appaltante a scegliere di applicare l'accordo economicamente meno oneroso, perseguendo essa stessa logiche di risparmio che, peraltro, sono spesso alla base della scelta di appaltare.

L'impianto originale del Codice lasciava così alle pubbliche amministrazioni un ampio margine di discrezionalità<sup>78</sup>.

Solo con l'introduzione dell'All. I.01, ad opera del d.lgs. n. 209 del 2024, il legislatore si è fatto carico di precisare «i criteri e le modalità per l'individuazione, nei bandi, negli inviti e nella decisione di contrarre di cui all'articolo 17, comma 2, del Codice, del contratto collettivo nazionale e territoriale da applicare al personale impiegato nei lavori, servizi e forniture oggetto di appalti pubblici e concessioni»<sup>79</sup>. Criteri, questi, oggi espressamente richiamati anche dall'art. 11 del Codice<sup>80</sup>.

L'obiettivo così perseguito è quello di guidare con precisione le stazioni appaltanti nella scelta del contratto collettivo, in modo da superare le difficoltà riscontrate dalle amministrazioni nella stesura dei bandi di gara nelle prime applicazioni del d.lgs. n. 36 del 2023<sup>81</sup>.

A tal fine, l'allegato non introduce parametri nuovi rispetto a quelli già desumibili dal testo originario dell'art. 11. L'All. I.01 si limita infatti a precisare meglio i criteri già previsti dalla clausola codicistica, cioè la “stretta connessione” e la “maggior rappresentatività comparata”.

Quanto alla valutazione del primo di questi criteri, è oggi richiesto alle stazioni appaltanti di identificare l'attività da eseguire mediante indicazione nel bando «del rispettivo codice ATECO, secondo la classificazione delle attività economiche adottata dall'ISTAT, eventualmente anche in raffronto con il co-

---

<sup>78</sup> Sull'ampio margine di discrezionalità lasciato alle stazioni appaltanti dal testo originale del d.lgs. n. 36 del 2023: D. GAROFALO, *Appalti pubblici e tutele dei lavoratori*, cit., pp. 503 ss.

<sup>79</sup> Art. 1, co. 3, lett. a), All. I.01 del d.lgs. n. 36 del 2023.

<sup>80</sup> A seguito delle modifiche introdotte dal d.lgs. n. 209 del 2024, l'art. 11, co. 2, del d.lgs. n. 36 del 2023, precisa che le stazioni appaltanti debbano indicare il contratto collettivo applicabile «in conformità al comma 1 e all'allegato I.01».

<sup>81</sup> G.A. TALA, *Equivalenza dei contratti collettivi: cosa cambia*, in *Dir. prat. lav.*, 2025, p. 186.

dice per gli appalti pubblici (CPV)»<sup>82</sup>, codice che dovrebbe consentire di individuare l'oggetto dell'appalto con maggior facilità<sup>83</sup>.

Delimitato così l'oggetto, sempre al fine di valutare la stretta connessione, le stazioni appaltanti devono, poi, individuare «l'ambito di applicazione del contratto collettivo di lavoro» attraverso il ricorso ai sottosettori con cui i contratti sono classificati nell'archivio istituito dal CNEL<sup>84</sup>.

Esaurita tale verifica, le stazioni appaltanti sono tenute a scegliere il contratto che, tra i vari corrispondenti al sottosettore, sia da considerarsi dotato di maggior rappresentatività comparata. Tale verifica va fatta tenendo conto dei «contratti collettivi nazionali di lavoro stipulati tra le associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative a livello nazionale presi a riferimento dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali nella redazione delle tabelle per la determinazione del costo medio del lavoro, adottate ai sensi dell'articolo 41, comma 13»<sup>85</sup>.

Il testo definitivo del correttivo non si spinge, dunque, fino ad individuare dei veri e propri parametri di valutazione della maggiore rappresentatività comparata, come era previsto nell'iniziale schema di decreto correttivo approvato dal Governo<sup>86</sup>.

Nel suddetto schema si indicava, infatti, un elenco di parametri a cui avrebbero dovuto attenersi le stazioni appaltanti per individuare il contratto collettivo stipulato dalle organizzazioni comparativamente più rappresentative.

---

<sup>82</sup> Art. 2, co. 2, lett. a), All. I.01 del d.lgs. n. 36 del 2023.

<sup>83</sup> Con la sigla «CPV» si fa riferimento al «*Common Procurement Vocabulary*», un sistema unico di classificazione applicabile agli appalti pubblici, introdotto sul piano europeo con il Regolamento (CE) n. 2195/2002 e poi modificato dal il Regolamento (CE) n. 213/2008, che può essere utilizzato anche al fine di determinare l'oggetto dell'appalto. Sulle differenze tra codice Ateco e CPV, v. M. GUERINI, *Contratti pubblici ed equo trattamento dei lavoratori: riflessioni a margine di un'esercizio sull'individuazione del CCNL applicabile*, in *Riv. giur. lav.*, 2025, I, p. 324.

<sup>84</sup> Art. 2, co. 2, lett. b), All. I.01 del d.lgs. n. 36 del 2023.

<sup>85</sup> Art. 2, co. 3, lett. a), All. I.01 del d.lgs. n. 36 del 2023.

<sup>86</sup> Il riferimento è allo schema di decreto correttivo approvato dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri il 21 ottobre 2024.

A dire il vero, si trattava, di fatto, di una lista di criteri già forniti dall'ANAC con il medesimo fine di orientare le stazioni appaltanti<sup>87</sup>.

Cionondimeno, il tentativo di trasporre tale elenco in un testo di legge ha destato un certo allarme. Si temeva, in particolare, che i criteri, una volta codificati, potessero prestarsi ad essere riproposti in una più ampia legge sulla rappresentatività sindacale. Una preoccupazione, questa, tutt'altro che infondata se si pensa al tentativo, di poco precedente, di introdurre una formula di selezione dell'accordo collettivo diversa da quella della maggior rappresentatività comparata nel settore degli appalti privati<sup>88</sup>.

Le critiche mosse in maniera unanime dai sindacati<sup>89</sup> e dalle organizzazioni datoriali<sup>90</sup> nei confronti di tale parte della riforma hanno, poi, spinto il Governo ad abbandonare l'ambizione di individuare per via legale i criteri per definire la maggiore rappresentatività comparata.

E infatti, secondo la versione definitiva dell'allegato, le amministrazioni non devono più spingersi a verificare in concreto la maggior rappresentatività comparata. Al contrario, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti devono limitarsi ad utilizzare i contratti collettivi già individuati dal Ministero del lavoro per redarre le tabelle previste dall'art. 41, co. 3.

---

<sup>87</sup> ANAC, *Nota illustrativa al Bando tipo n. 1/2023*, 19 luglio 2023, pp. 10-11, che richiamava a sua volta l'elenco formulato nell'interpello n. 27/2015 del 15 dicembre 2015 del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali.

<sup>88</sup> Ci si riferisce all'iniziale formulazione del co. 2 *bis* dell'art. 29, del decreto legislativo 276 del 2003 che, come originariamente introdotto dal decreto legge 2 marzo 2024, n. 19 convertito con modificazioni dalla legge 29 aprile 2024, n. 56, avrebbe dovuto garantire l'equo trattamento dei lavoratori impiegati in appalto privato attraverso l'applicazione del contratto collettivo maggiormente "applicato", formula poi sostituita con il rinvio a quella tradizionale di maggior rappresentatività comparata. Sul punto, v. *supra* Cap. I, par. 7, spec. nt. 148.

<sup>89</sup> Per una sintesi delle posizioni dei sindacati si v. F. CHIRICO, *Correttivo Codice Appalti Pubblici: la posizione dei sindacati*, in *Boll. speciale ADAPT*, 2024, n. 7.

<sup>90</sup> Per una sintesi delle posizioni delle organizzazioni datoriali si v. A. SANNI-POLI, *Correttivo Codice Appalti: la posizione delle associazioni datoriali*, in *Boll. speciale ADAPT*, 2024, n. 7. Si v. inoltre la «Nota sui criteri di verifica del requisito della maggiore rappresentatività comparata individuati nel d.lgs correttivo del "codice degli appalti" (d.lgs. n. 36/2023)», di ABI, ANIA, Confcommercio, Confcooperative, Confindustria, Legacoop, del 28 novembre 2024.

È dunque al Ministero che viene rimessa in concreto la valutazione della maggior rappresentatività comparata richiesta dall'art. 11.

A conferma di tale ruolo, in assenza delle tabelle, si prevede che le stazioni appaltanti e gli enti concedenti debbano fare richiesta allo stesso Ministero di «indicare, sulla base delle informazioni disponibili, il contratto collettivo di lavoro stipulato tra le associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative a livello nazionale applicabile alle prestazioni oggetto dell'appalto o della concessione»<sup>91</sup>.

Nel complesso, la soluzione adottata dall'allegato sembra così meno critica di quanto inizialmente prospettato, non essendo più previsti criteri o definizioni suscettibili di interpretazioni estensive e tali da essere riproposti in una più ampia legge sulla rappresentatività sindacale.

La disposizione non fornisce però nessuna indicazione circa tempi e modalità di risposta del Ministero<sup>92</sup>, con il rischio di dilatare e complicare ulteriormente l'*iter* per l'indizione delle gare pubbliche, almeno quando manchino le tabelle ministeriali.

Per altro verso, ad essere potenzialmente minata è l'efficacia delle iniziative adottate a livello locale e regionale volte a promuovere (e, talvolta, imporre) una forma di salario minimo "comunale" o "regionale", attraverso l'imposizione di contratti collettivi che prevedano un minimo salariale non inferiore a nove euro l'ora negli appalti del Comune o della Regione<sup>93</sup>. Infatti, ben potrebbe verificarsi che i contratti collettivi impiegati per la stesura delle tabelle o, comunque, indicati dal Ministero come comparativamente più rappresentativi prevedano minimi salariali inferiori a quelli individuati dalle stazioni appaltanti.

Ridottasi la discrezionalità di queste ultime con riguardo alla scelta del contratto collettivo da applicare, nella misura in cui si ritengano legittime le iniziative assunte dagli enti locali e regionali, le amministrazioni sono di fatto chiamate a trovare delle tecniche di formulazione dei bandi idonee a rispettare le regole oggi imposte dall'All. I.01, senza al contempo vanificare le iniziative degli enti locali e regionali. In tal senso, le ammini-

---

<sup>91</sup> Art. 2, co. 3, lett. b), All. I.01 al d.lgs. n. 36 del 2023.

<sup>92</sup> Cfr. M. GUERINI, *Contratti pubblici*, cit., p. 325.

<sup>93</sup> V. *supra* Cap. I, par. 8.

strazioni potrebbero, ad esempio, fare espressamente indicazione di profili professionali per cui sia previsto un inquadramento rispettoso del minimo salariale.

Anche nel nuovo assetto, non viene dunque meno il ruolo fondamentale delle pubbliche amministrazioni per assicurare l'effettività della tutela dei lavoratori.

Del resto, se è vero che il nuovo allegato ha ridotto in parte la discrezionalità delle stazioni appaltanti nella scelta dei contratti collettivi, è vero anche che il d.lgs. n. 209 del 2024 contiene delle novità tendenti ad estendere quella stessa discrezionalità.

Introducendo il co. 2 *bis* all'art. 11, il d.lgs. n. 209 ha infatti previsto che «in presenza di prestazioni scorporabili, secondarie, accessorie o sussidiarie, qualora le relative attività siano differenti da quelle prevalenti oggetto dell'appalto o della concessione e si riferiscano, per una soglia pari o superiore al 30 per cento, alla medesima categoria omogenea di attività» le stazioni appaltanti e gli enti concedenti indicano anche il contratto collettivo nazionale «applicabile al personale impiegato in tali prestazioni»<sup>94</sup>.

Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti sono dunque oggi chiamate ad individuare anche un ulteriore contratto collettivo applicabile al personale impiegato nello svolgimento delle «prestazioni scorporabili», quando tali prestazioni corrispondano ad una soglia pari ad almeno il trenta per cento e siano riferibili alla «medesima categoria omogenea di attività».

I bandi di gara e gli avvisi ben potrebbero, dunque, indicare due o più contratti collettivi<sup>95</sup>.

Non si chiarisce, però, cosa debba intendersi per «prestazioni scorporabili», lasciando un certo margine di scelta alla stazione appaltante chiamata ad individuarle. L'amministrazione potrebbe conseguentemente indicare un secondo contratto collettivo anche quando quello selezionato per le prestazioni principali ricomprenda già le attività secondarie astrattamente «scorporabili».

---

<sup>94</sup> Il nuovo co. 2 *bis* è stato introdotto dall'art. 2, co. 1, lett. b), del d.lgs. n. 209 del 2024.

<sup>95</sup> G. CALVELLINI, *Arriva il correttivo al codice dei contratti pubblici: si rafforza l'argine al dumping contrattuale*, in *Diritti & Lavoro Flash*, 2025, n. 1, p. 8.

La novità rischia così di minare la capacità del Codice di prevenire le forme di *dumping*. Le stazioni appaltanti potrebbero essere invogliate ad indicare più prestazioni scorporabili, in modo da far applicare contratti collettivi diversi, in funzione della loro eventuale minore onerosità rispetto a quello individuato per la prestazione principale.

*5. Il problema delle tutele “equivalenti” tra accertamento e presunzione*

Attribuito alla stazione appaltante il compito di scegliere il contratto collettivo, il Codice del 2023 si è preoccupato di scongiurare il rischio che la nuova formulazione della clausola sociale contenuta nell’art. 11 determinasse una eccessiva compressione della libertà sindacale e organizzativa dell’impresa<sup>96</sup>.

A tal fine, l’art. 11 prevede al co. 3 la possibilità per gli operatori economici di «indicare nella propria offerta il differente contratto collettivo da essi applicato, purché garantisca ai dipendenti le stesse tutele di quello indicato dalla stazione appaltante o dall’ente concedente».

Al co. 4, si precisa altresì che «nei casi di cui al comma 3, prima di procedere all’affidamento o all’aggiudicazione le stazioni appaltanti e gli enti concedenti acquisiscono la dichiarazione con la quale l’operatore economico individuato si impegna ad applicare il contratto collettivo nazionale e territoriale indicato nell’esecuzione delle prestazioni oggetto del contratto per tutta la sua durata, ovvero la dichiarazione di equivalenza delle tutele».

È dunque sempre data la possibilità all’appaltatore di discostarsi dal contratto indicato nel bando di gara, a condizione però che il diverso accordo collettivo contenga tutele “equivalenti” rispetto a quello scelto dalla stazione appaltante o ente concedente.

---

<sup>96</sup> G. NAPOLITANO, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2023, p. 300; F. DI NOIA, *Le clausole sociali nel “nuovo” Codice dei contratti pubblici: conferme ed evoluzioni nel modello di tutela*, in *LPO*, 2023, p. 621.

In altre parole, il nuovo Codice continua a garantire la libertà dell'appaltatore di applicare un diverso contratto collettivo.

A cambiare è però il parametro di esercizio della discrezionalità dell'operatore economico: si passa dal solo criterio di mera coerenza, volto a garantire al più «una retribuzione proporzionata rispetto all'attività in concreto svolta»<sup>97</sup>, ad un diverso e (almeno potenzialmente) più pregnante criterio di equivalenza, che individua nel contratto *leader* il parametro di riferimento per la definizione dei trattamenti minimi da erogare ai lavoratori impiegati nell'appalto<sup>98</sup>. L'appaltatore è, infatti, libero di scegliere un diverso contratto collettivo, fintanto che questo sia idoneo a garantire al lavoratore lo stesso livello di tutele previsto nel contratto individuato dalla stazione appaltante, essendo onerato, nel caso, di fornire una apposita «dichiarazione di equivalenza», ex art. 11, co. 4<sup>99</sup>.

Tale formulazione dell'art. 11, come introdotto nel 2023, ha tuttavia ingenerato alcuni problemi interpretativi.

Non solo vi è una discrepanza linguistica tra il contenuto del co. 3, che fa riferimento alle «stesse tutele», e quello del co. 4, che adotta la diversa nozione di «equivalenza delle tutele»<sup>100</sup>, ma la disposizione non si occupava neppure di chiarire cosa dovesse intendersi per «equivalenza delle tutele», né quale fosse il

---

<sup>97</sup> Cons. Stato, sez. III, 12 marzo 2018, n. 1574, cit.

<sup>98</sup> Questa anche la lettura suggerita dall'Ispettorato Nazionale del Lavoro; cfr. INL, nota n. 687 del 19 aprile 2023. In dottrina, si è detto che è stato «consacrato il potere della stazione appaltante di individuare il livello di tutela (minimo) da garantire ai lavoratori impiegati nell'appalto, da rispettare anche quando l'operatore si avvalga della facoltà di applicare un contratto collettivo differente»; così E. CARUSO, *Equo trattamento*, cit., p. 876.

<sup>99</sup> È stato chiarito dalla giurisprudenza amministrativa che l'omessa dichiarazione di equivalenza del CCNL applicato dal concorrente non è causa di esclusione. In tal caso, la stazione appaltante dovrà procedere con una formale richiesta di fornire la suddetta dichiarazione, assegnando un congruo tempo per la relativa produzione; TAR Piemonte Torino, sez. I, 25 novembre 2024 n. 1222, in *giustizia-amministrativa.it*, che cita ANAC, *Nota illustrativa al Bando tipo n. 1/2023*, cit. Al contrario, si esclude il soccorso istruttorio per l'offerta in cui l'operatore economico non dichiara né di aderire al contratto indicato nel bando né il contratto che voglia alternativamente essere applicato, dal momento che in questo caso gli elementi mancanti sono considerati «elementi essenziali dell'offerta»; cfr. TAR Umbria, 23 luglio 2024, n. 581, in *giustizia-amministrativa.it*.

<sup>100</sup> Su tale diffinità, v. A. TAMPIERI, *Contratti collettivi*, cit., pp. 217 ss.

contenuto della verifica demandata alla stazione appaltante, limitandosi a rinviare alla valutazione di anomalia dell'offerta e cioè ad un procedimento per sua natura connotato da alta discrezionalità.

Tale ambiguità ha finito per spingere la prima giurisprudenza amministrativa in materia ad adottare interpretazioni del concetto di equivalenza particolarmente ampie, sotto la giustificazione formale di «evitare di introdurre freni non necessari alla concorrenza»<sup>101</sup>. Si è così giunti ad affermare che, in vigore del Codice del 2023, l'operatore economico possa applicare un diverso CCNL, rispetto a quello indicato dalla stazione appaltante, «purché, secondo una valutazione complessiva, giuridica ed economica, sussistano i seguenti requisiti: (i) il trattamento dei lavoratori impiegati in tale gara non sia eccessivamente inferiore a quello dei CCNL individuati dalla stazione appaltante; (ii) vi sia corrispondenza, o almeno confrontabilità, tra le mansioni del CCNL applicato e le lavorazioni oggetto dell'appalto»<sup>102</sup>.

È stato ancora una volta il d.lgs. n. 209 del 2024 a colmare il silenzio del testo originario del Codice, disciplinando i criteri e le modalità «per la presentazione e verifica della dichiarazione di equivalenza delle tutele»<sup>103</sup>, a cui oggi devono attenersi le stazioni appaltanti secondo quanto previsto dall'attuale testo dell'art. 11, co. 4.

A tal fine, il correttivo distingue tra due diverse ipotesi: una prima, disciplinata dall'art. 3 dell'allegato, in cui l'equivalenza viene «presunta», e una seconda, prevista dall'art. 4, in cui l'equivalenza viene «accertata».

Quanto alla prima ipotesi il correttivo prevede che «si considerano equivalenti le tutele garantite da contratti collettivi nazionali e territoriali di lavoro, sottoscritti congiuntamente dalle medesime organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative con organizzazioni datoriali diverse da quelle firmatarie del contratto collettivo di lavoro indicato dalla stazione

---

<sup>101</sup> TAR Lombardia Brescia, 2 ottobre 2024, n. 773, in *giustizia-amministrativa.it*.

<sup>102</sup> TAR Lombardia Brescia, 2 ottobre 2024, n. 773, cit.; nello stesso senso, già, TAR Lombardia Brescia, sez. II, 12 marzo 2024, n. 89, in *Urbanistica e appalti*, 2024, pp. 557 ss., con nota di A. GIACALONE, *Equivalenza delle tutele nei CCNL*.

<sup>103</sup> Art. 1, co. 3, lett. b), All. I.01 al d.lgs. n. 36 del 2023.

appaltante, attinenti al medesimo sottosettore a condizione che ai lavoratori dell'operatore economico sia applicato il contratto collettivo di lavoro corrispondente alla dimensione o alla natura giuridica dell'impresa».

Si tratta di una vera e propria «presunzione di equivalenza», per cui l'equivalenza delle tutele viene di fatto valutata attraverso una mera verifica formale della coincidenza delle parti sindacali stipulanti l'uno e l'altro contratto. Tale circostanza pare infatti essere stata ritenuta sufficiente a far presumere l'equivalenza.

Nei settori con una contrattazione articolata in funzione delle caratteristiche del datore, si consente così di tenere conto della specifica natura dell'impresa nella scelta del contratto collettivo da applicare. Ad esempio, l'operatore economico, che sia una piccola o media impresa, potrebbe essere legittimato ad applicare lo specifico contratto di sottosettore stipulato per le PMI a condizione che lo stesso sia stato firmato dalle medesime sigle sindacali che hanno sottoscritto quello indicato nel bando di gara<sup>104</sup>.

Così delineata, la presunzione rischia però di legittimare delle valutazioni di equivalenza (presunta) che non sembrano avere nulla a che vedere né con le «stesse tutele» richieste dall'art. 11, co. 3, del Codice, né con la più rigida valutazione richiesta dall'art. 4 dell'All. I.01. Del resto, è improbabile che due contratti diversi garantiscano tutele economiche e normative effettivamente equivalenti sol perché sottoscritti dalle stesse organizzazioni sindacali, come parrebbe supporre la disposizione<sup>105</sup>.

---

<sup>104</sup> Lo stesso non potrebbe avvenire laddove, invece, il contratto collettivo che si volesse applicare non fosse corrispondente alla (attuale) natura giuridica dell'impresa. Si v. al riguardo il parere precontenzioso reso dall'ANAC con delibera n. 32 del 5 febbraio 2025, ove si è chiarito come non possa avere applicazione la presunzione prevista dall'allegato quando l'operatore economico che voglia applicare un contratto collettivo "artigiani" non abbia (o abbia perso) la qualifica di artigiano. Sui contenuti del parere, in generale, v. M. FAIOLI, *Contrattazione collettiva "equivalente". Codice degli appalti, precomprensione ermeneutica e scelta di un metodo per comparare le tutele*, in *Federalismi.it*, 2025, n. 14, p. 222.

<sup>105</sup> Secondo il Consiglio di Stato, dalla formulazione della disposizione «sembra doversi supporre che la stessa organizzazione sindacale rappresentativa dei lavoratori abbia la medesima forza contrattuale per ogni contratto collettivo stipulato con le associazioni datoriali, a prescindere dalla dimensione e dalla na-

Effetto e finalità della disposizione è invece favorire le piccole e medie imprese, le società cooperative e le imprese artigiane, consentendo ad esse l'applicazione anche di contratti collettivi meno onerosi di quelli indicati negli atti di gara, aprendo la strada per nuove forme di concorrenza al ribasso<sup>106</sup>.

Gli stessi profili di irragionevolezza non si riscontrano, invece, nell'ulteriore presunzione introdotta dall'art. 3, co. 2, dell'allegato, in relazione al settore edile. In questo secondo caso, è la stessa disposizione a specificare i contratti collettivi nazionali da ritenersi equivalenti attraverso l'indicazione del codice alfanumerico con cui sono stati depositati presso gli archivi del CNEL. La scelta è però coerente con le peculiarità del settore: i contratti a cui fa rinvio l'allegato oltre ad essere quelli comparativamente più rappresentativi nel settore, sono da tempo ritenuti fra loro anche equivalenti<sup>107</sup>.

Quando non trovino applicazione le disposizioni di cui all'art. 3 dell'allegato, e dunque l'equivalenza non possa essere presunta, questa va invece "accertata", secondo i criteri indicati nell'art. 4 del medesimo allegato.

In particolare, tale disposizione individua le tutele economiche e normative da considerare «ai fini della valutazione di equivalenza» (art. 4, co. 1), ispirandosi alle indicazioni già fornite

---

tura giuridica delle imprese da esse rappresentate»; CONSIGLIO DI STATO, parere n. 1463/2024, 27 novembre 2024, pp. 123 -124.

<sup>106</sup> Al fine di evitare simili scenari, sarebbe stato probabilmente più opportuno declinare la presunzione dell'art. 3, co. 1, come una presunzione *iuris tantum*. Ciò avrebbe potuto consentire di evitare giudizi di equivalenza automatica potenzialmente pericolosi, dando alle amministrazioni la possibilità di valutare «se la presunzione di equivalenza delle tutele enunciata sulla base del descritto presupposto risponda effettivamente alle dinamiche delle relazioni sindacali»; cfr. CONSIGLIO DI STATO, parere n. 1463/2024, cit., 124. Una presunzione relativa era, del resto, quella che era inizialmente proposta dall'ANAC: ANAC, *Nota illustrativa al Bando tipo n. 1/2023*, cit., p.11, ove la natura relativa della presunzione emerge chiaramente dal tenore letterale della formula impiegata («si può ritenere»).

<sup>107</sup> Quelli richiamati sono i contratti individuati dal Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali con circolare del 6 giugno 2012, n.13, peraltro utilizzati quali parametro anche per la definizione delle tabelle ministeriali ex art. 41, co. 13, del d.lgs. n. 36 del 2023.

te dall'ANAC<sup>108</sup>, peraltro recepite anche da diverse delibere comunali<sup>109</sup>.

Con riguardo alla «valutazione di equivalenza economica dei contratti» il correttivo, come del resto già la nota ANAC, chiede di tener conto delle «componenti fisse della retribuzione globale annua, costituite dalle seguenti voci: a) retribuzione tabellare annuale; b) indennità di contingenza; c) elemento distinto della retribuzione (EDR); d) eventuali mensilità aggiuntive; e) eventuali ulteriori indennità previste»<sup>110</sup>.

Non rilevano, invece, le componenti variabili della retribuzione<sup>111</sup>.

Quanto alla verifica di equivalenza del trattamento normativo, integrando due ulteriori criteri rispetto ai dodici già individuati dall'ANAC, l'art. 4 dell'allegato elenca quattordici diversi parametri di cui tener conto, quali: «a) disciplina concernente il lavoro supplementare; b) clausole relative al lavoro a tempo parziale; c) disciplina del lavoro straordinario, con particolare riferimento ai limiti massimi; d) disciplina compensativa relativa alle festività soppresse; e) durata del periodo di prova; f) durata del periodo di preavviso; g) durata del periodo di comportamento in caso di malattia e infortunio; h) disciplina dei casi di malattia e infortunio, con particolare riferimento al riconoscimento di eventuali integrazioni delle relative indennità; i) disciplina relativa alla maternità e alle indennità previste per l'astensione obbligatoria e facoltativa dei genitori; l) monte ore di permessi retribuiti; m) disciplina relativa alla bilateralità; n) obblighi di denuncia agli enti previdenziali, inclusa la Cassa edile, assicurativi e antinfortunistici, inclusa la formazione in materia di salute e sicurezza sul lavoro, anche con riferimento alla formazione di

---

<sup>108</sup> ANAC, *Nota illustrativa al Bando tipo n. 1/2023*, cit., pp. 11-13. La nota riprende a sua volta le indicazioni già fornite dall'Ispettorato del Lavoro, nella nota del 28 luglio 2020, n. 2, emanata con il diverso fine di indirizzare il personale ispettivo nella sua attività di verifica della sussistenza dei requisiti di accesso ai benefici previsti dall'art. 1, co. 1175, della legge 27 dicembre 2006, n. 296.

<sup>109</sup> Si v. la delibera del Comune di Firenze, ripresa in maniera pedissequa dalle delibere del Comune di Pellezzano, Napoli e Civitavecchia (*supra* cap. I, par. 8).

<sup>110</sup> Art. 4, co. 2, All. I.01 al d.lgs. n. 36 del 2023.

<sup>111</sup> V. LIPPOLIS, *Novità per il lavoro nel Codice degli appalti pubblici*, in *Dir. prat. lav.*, 2023, n. 40, p. VI.

primo ingresso e all'aggiornamento periodico; o) previdenza integrativa; p) sanità integrativa»<sup>112</sup>.

Dalla valutazione di equivalenza delle tutele normative restano comunque fuori molti aspetti anche particolarmente rilevanti del trattamento dei lavoratori, fra cui, ad esempio, le tutele dell'occupazione nel caso di successioni d'appalti<sup>113</sup>.

Di queste ultime garanzie le stazioni appaltanti sembrerebbero poter tener conto facoltativamente, in ragione della possibilità prevista dall'art. 4, co. 6, dell'allegato di fare riferimento «per i contratti che, in ragione dei settori di riferimento, sono soggetti a specifici vincoli normativi o regolatori incidenti anche sulle tutele economiche o normative dei lavoratori [...] al rispetto di tali vincoli in relazione alle tutele regolate», ai fini della determinazione dell'equivalenza. Disposizione che sembrerebbe consentire alle stazioni appaltanti di prendere in considerazione, ad esempio, la maggiore o minore coerenza delle clausole di «seconda generazione» previste dai contratti collettivi almeno negli appalti *labour intensive*, potendosi questo ritenere un settore soggetto agli specifici vincoli previsti dal co. 6.

Oltre a poter considerare ulteriori criteri, alle condizioni previste dal co. 6, le stazioni appaltanti potrebbero anche decidere di ammettere un margine di scostamento. L'art. 4, co. 4, del nuovo allegato consente infatti alle amministrazioni di ritenere sussistente l'equivalenza anche «quando gli scostamenti rispetto ai parametri di cui al comma 3 sono marginali».

Non è, però, ad oggi chiaro cosa debba intendersi per «scostamenti marginali», né se tali scostamenti possano riguardare tutti o solo un numero limitato di parametri.

La soluzione di tale questione sarebbe dovuta arrivare dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali. A un decreto ministeriale è stato affidato dal correttivo il compito di indicare «le linee guida per la determinazione delle modalità di attestazione dell'equivalenza delle tutele di cui al comma 4 e per la valuta-

---

<sup>112</sup> Art. 4, co. 3, All. I.01 al d.lgs. n. 36 del 2023.

<sup>113</sup> Già con riguardo alla nota ANAC si era osservato come attraverso l'elenco di voci si finisse per identificare un «quadro di comparazione incompleto»; M. GIACONI, *Il nuovo codice e le tutele sociali dal punto di vista del giuslavorista. Verso un appalto pubblico socialmente sostenibile?*, in *Riv. giur. lav.*, 2024, I, p. 65.

zione degli scostamenti che, in ragione anche del numero di parametri interessati, possono essere considerati marginali dalle stazioni appaltanti ed enti concedenti ai sensi del medesimo comma 4»<sup>114</sup>. Tale decreto avrebbe dovuto essere adottato entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore dell'allegato, di concerto con il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti.

Il termine è tuttavia decorso infruttuosamente.

Almeno per adesso, le stazioni appaltanti continuano dunque a godere di una ampia discrezionalità rispetto agli scostamenti da ritenere "marginali".

In assenza di un intervento ministeriale, è però ragionevole ritenere che, ai fini della valutazione della marginalità dello scostamento, si possa far uso delle indicazioni fornite dall'ANAC, nonostante l'aumento dei parametri previsti oggi dal correttivo rispetto a quanto previsto in passato dall'autorità garante. Si dovrebbe dunque ritenere «ammissibile, di regola, uno scostamento limitato a soli due parametri»<sup>115</sup>, almeno finché il Governo non riterrà di intervenire.

Minori incertezze presenta invece la valutazione di equivalenza economica. Al riguardo, lo stesso art. 4, co. 4, consente alle stazioni appaltanti di «ritenere sussistente l'equivalenza delle tutele quando il valore economico complessivo delle componenti fisse della retribuzione globale annua di cui al comma 2 risulta almeno pari a quello del contratto collettivo di lavoro indicato nel bando di gara o nell'invito». Si prevede, dunque, una considerazione del trattamento economico in termini cumulativi, per cui potrebbero ammettersi anche significativi scostamenti rispetto alla singola voce, purché in qualche modo compensati dal valore complessivo delle altre.

Non è, al contrario, consentita una compensazione delle voci economiche con le componenti del trattamento normativo<sup>116</sup>. Al riguardo, l'allegato sembra infatti non lasciare dubbi sul fatto che oggi la valutazione di equivalenza economica debba avvenire distintamente da quella relativa alle tutele normative.

---

<sup>114</sup> Art. 4, co. 5, All. I.01 al d.lgs. n. 36 del 2023.

<sup>115</sup> ANAC, *Nota illustrativa al Bando tipo n. 1/2023*, cit., p. 12.

<sup>116</sup> In senso dubitativo, con riguardo alla nota dell'ANAC, M. GIACONI, *Il nuovo codice*, cit., p. 66.

Pare così essersi definitivamente chiusa la strada ad interpretazioni giurisprudenziali, come quelle del Tar Lombardia, poc'anzi citate, che si limitavano a richiedere una valutazione "complessiva" della parte giuridica ed economica del contratto.

E non è probabilmente un caso che nella giurisprudenza amministrativa più recente si sia consolidata una interpretazione ben più rigida di equivalenza rispetto a quella delle prime pronunce.

Prendendo le distanze dal primo orientamento dei giudici bergamaschi, la giurisprudenza ha infatti valorizzato «l'esigenza di apprestare maggiori tutele ai lavoratori impiegati negli appalti e nelle concessioni pubbliche»<sup>117</sup>, ricavabile anche dalla relazione illustrativa del Consiglio di Stato<sup>118</sup>. Ciò è servito ai giudici per ritenere imprescindibile «una effettiva verifica e comparazione delle condizioni contrattuali - economiche e normative - proposte dall'operatore economico»<sup>119</sup>, dovendo questi non già limitarsi ad una attestazione formale dell'equivalenza, ma dimostrare, attraverso una apposita dichiarazione, «che il diverso CCNL adottato [...], al di là del nomen iuris, garantis[ca] tutele equiparabili a quelle assicurate dal CCNL indicato negli atti di gara» e «sul versante economico che la retribuzione globale annua (costituita dalle seguenti voci: retribuzione tabellare annuale, indennità di contingenza, EDR, eventuali mensilità aggiuntive ed eventuali altre indennità fisse e continuative)» sia «almeno pari» a quella del CCNL indicato negli atti di gara<sup>120</sup>.

---

<sup>117</sup> TAR Lazio, sez. II *bis*, 18 giugno 2025, n. 12007, in *giustizia-amministrativa.it*.

<sup>118</sup> CONSIGLIO DI STATO, *Schema definitivo di Codice dei contratti*, cit., pp. 27-28.

<sup>119</sup> TAR Piemonte Torino, sez. II, 18 aprile 2025, n. 689, *giustizia-amministrativa.it*. Nel caso era stata esclusa da una gara relativa alla gestione di un asilo nido comunale un'offerta ove l'operatore dichiarava di applicare il CCNL Aninsei in luogo del CCNL Cooperative Sociali, individuato dalla legge di gara. Adottando le indicazioni dell'ANAC, la stazione appaltante aveva escluso l'equivalenza dei due contratti, determinando l'esclusione dell'offerta.

<sup>120</sup> TAR Lazio, sez. II *bis*, 18 giugno 2025, n. 12007, cit. Anche in questo caso è stata esclusa dalla gara per l'aggiudicazione di un servizio di gestione di un asilo nido comunale, l'offerta di un operatore che ha dichiarato di fare applicazione del contratto ANISEI, in quanto non rispettoso del criterio di equivalenza perché contenente un trattamento complessivamente peggiore rispetto a quello previsto dal CCNL FISM, indicato dai documenti di gara. In particolare, i giudici hanno ritenuto inammissibile «la pretesa dalla ricorrente principale secondo la

Si tratta di casi in cui non era *ratione temporis* applicabile la disciplina di cui al d.lgs. n. 209 del 2024, ma che ne tengono comunque conto, essendo successivi alla sua entrata in vigore. E, del resto, i giudici amministrativi non nascondono di aver individuato nell'art. 4 dell'All. I.01 un «utile parametro interpretativo», al netto della sua inapplicabilità al caso di specie<sup>121</sup>.

Merito del correttivo pare, così, quello di aver rafforzato, al netto dei problemi posti dalla presunzione di cui all'art. 3 dell'All. I.01, il criterio di equivalenza. E infatti, sembrano superate quelle forme di *dumping* che, in vigore del precedente Codice, erano state realizzate anche attraverso l'ampio ricorso ai contratti cosiddetti "*omnibus*". Alla luce dei criteri delineati dall'allegato sembra infatti oggi inverosimile che possa essere ammissibile l'offerta di un operatore economico che dichiari di voler applicare il CCNL Multiservizi in un appalto per cui il bando abbia indicato il CCNL Federculture.

Cionondimeno, il compito di verificare l'equivalenza mantiene comunque innegabili profili di difficoltà, soprattutto nel caso in cui si debbano valutare più dichiarazioni di equivalenza. Quando si verifichi l'ipotesi prevista dall'art. 11, co. 2 *bis*, del Codice, l'operatore economico potrebbe infatti decidere di applicare un diverso contratto collettivo "equivalente" anche rispetto a quello indicato per le prestazioni scorparabili<sup>122</sup>.

---

quale il confronto tra i CCNL *de quibus* (ANINSEI e FISM) andrebbe operato (non già confrontando le relative clausole, ma) sulla base "del trattamento di fatto", cioè, tenendo conto dei trattamenti unilaterali di maggior favore che la Società K. si è impegnata [...] ad applicare». E infatti, «si tratta di criterio chiaramente inconfidente e, anzi, smentito dalla circostanza che, già alla stregua delle indicazioni fornite dall'ANAC nella relazione illustrativa allegata al bando tipo n. 1/2023 e recepite dall'Allegato I.01, art. 4, del d.lgs. n. 36/2023 (il quale, sebbene non applicabile nella presente fattispecie *ratione temporis*, rappresenta cionondimeno un utile parametro interpretativo): "la valutazione di equivalenza economica dei contratti è effettuata in relazione alle componenti fisse della retribuzione", tra le quali sicuramente (e ragionevolmente) non rientra il c.d. superminimo, che costituisce, per definizione, una parte accessoria della retribuzione, che va ad aggiungersi ai minimi tabellari individuati dal contratto collettivo, erogata a favore del lavoratore subordinato quale aumento retributivo normalmente correlato a particolari meriti o alla speciale qualità o maggiore onerosità delle mansioni svolte dal dipendente».

<sup>121</sup> TAR Lazio, sez. II *bis*, 18 giugno 2025, n. 12007, cit.

<sup>122</sup> Art. 4, co. 7, All. I.01 al d.lgs. n. 36 del 2023.

## 6. Le clausole di equo trattamento e i principi costituzionali

La riflessione attorno alle clausole di prima generazione ha spinto da sempre la dottrina e la giurisprudenza ad interrogarsi sulla compatibilità tra tali tecniche di tutela e i parametri sanciti dagli artt. 39 e 41 Cost.

Si tratta di un dibattito che ha interessato ogni declinazione delle clausole di equo trattamento che per un verso comprimono la discrezionalità nella scelta del contratto collettivo, per altro verso frappongono un limite alla libertà economica dell'impresa, incidendo sulle condizioni di concorrenza nel mercato.

Sin dal dibattito attorno all'art. 36 St. lav., la dottrina ha tuttavia escluso un contrasto con i principi costituzionali in considerazione del fatto che l'eventuale imposizione di un particolare contratto collettivo costituirebbe una mera condizione per l'aggiudicazione di una gara pubblica, la cui partecipazione è, sempre e comunque, una libera scelta imprenditoriale<sup>123</sup>. Si tratta di un argomento che fa il paio con la necessità riconosciuta dalla stessa Corte Costituzionale per cui «ove nell'esercizio di una determinata attività imprenditoriale interviene la pubblica amministrazione (in quanto essa eroghi benefici di carattere finanziario o creditizio ovvero affidi ad altri il compimento dell'attività stessa) [va] assicurato uno standard minimo di tutela ai dipendenti coinvolti»<sup>124</sup>. In tal senso, la clausola diventa funzionale anche al perseguimento dell'interesse pubblico, prevenendo la conflittualità e assicurando la regolare esecuzione dell'opera<sup>125</sup>.

Peraltro, più di recente la stessa Corte, chiamata a pronunciarsi su altri meccanismi di rinvio legale alle determinazioni salariali della contrattazione collettiva, ha individuato nell'art. 36 Cost. una disposizione in grado di legittimare misure intese al contrasto del *dumping* contrattuale<sup>126</sup>, così fornendo alla dot-

---

<sup>123</sup> Si v., in tal senso, F. MANCINI, *Sub Art. 36*, cit., p. 547.

<sup>124</sup> Corte Cost. 19 giugno 1998, n. 226, cit.

<sup>125</sup> Cfr. G. PERA, *Il rispetto della contrattazione*, cit.

<sup>126</sup> Cfr. Corte Cost., 26 marzo 2015, n. 51, in *ADL*, 2015, II, pp. 928 ss., con nota di S. LAFORGIA, *La giusta retribuzione del socio di cooperativa: un'altra occasione per la Corte costituzionale per difendere i diritti dei lavoratori ai tempi della crisi*, e in *Riv. giur. lav.*, 2015, II, pp. 493 ss., con nota di M. BARBIERI, *In*

trina un ulteriore argomento per affermare la legittimità costituzionale delle clausole di prima generazione<sup>127</sup>.

La questione è, nuovamente, tornata attuale a seguito dell'entrata in vigore del Codice del 2023, il cui art. 11 è stato ritenuto responsabile di predisporre «una più intensa tutela del personale adibito e uno speculare contenimento della frammentazione contrattuale»<sup>128</sup>, così realizzando una forte limitazione della libertà sindacale e di impresa.

Si tratta, tuttavia, secondo l'opinione più condivisibile di un «falso problema»<sup>129</sup>.

Anche nell'impianto delinato dal Codice del 2023 e dalle modifiche intervenute con il correttivo del 2024, sembrano infatti validi gli stessi argomenti che in passato hanno spinto ad escludere l'illegittimità delle clausole di prima generazione, a partire da quella statutaria.

In particolare, come si legge nella relazione illustrativa al nuovo Codice, predisposta dal Consiglio di Stato, la clausola di cui all'art. 11 non entra in contrasto con l'art. 39 Cost., «in quanto non è diretta a estendere *ex lege* ed *erga omnes* l'efficacia del contratto collettivo, ma si limita a indicare le condizioni contrattuali che l'aggiudicatario deve applicare al personale impiegato, qualora, sulla base di una propria e autonoma scelta imprenditoriale, intenda conseguire l'appalto pubblico, restando libero di applicare condizioni contrattuali diverse nello svolgimento dell'attività imprenditoriale diversa; e restando li-

---

*tema di legittimità costituzionale del rinvio al Ccnl delle organizzazioni più rappresentative nel settore cooperativo per la determinazione della retribuzione proporzionata e sufficiente, relativa al meccanismo legale di rinvio alla contrattazione collettiva previsto per le cooperative dall'art. 7 del decreto legge 31 dicembre 2007, n. 248, convertito con modificazioni dalla legge 28 febbraio 2008, n. 31. Sul punto v. R. RIVERSO, *Cooperative spurie ed appalti: nell'inferno del lavoro illegale*, in *Quest. Giust.*, 30 aprile 2019; A. BELLAVISTA, *Cooperative e sfruttamento del lavoro nella logistica*, in *Riv. giur. lav.*, 2020, I, pp. 452 ss.*

<sup>127</sup> Si v., ad esempio, F. BORGOGELLI, *Modelli organizzativi*, cit., pp. 388 ss.

<sup>128</sup> M. GIACONI, *Il nuovo codice*, cit., p. 57.

<sup>129</sup> E. CARUSO, *Equo trattamento*, cit., p. 887. Esclude che il nuovo Codice violi gli artt. 39 e 41 Cost. anche F. DI NOIA, *Le clausole sociali*, cit., pp. 616 ss.; V. BAVARO, *Il giusto salario e la giurisprudenza italiana. Note critiche*, in P. ALBI (a cura di), *Salario minimo e salario giusto*, Giappichelli, Torino, 2023, p. 70. Dubbioso, rispetto alla violazione dei principi costituzionali da parte della nuova clausola, A. TAMPIERI, *Contratti collettivi*, cit., p. 221.

bero di accettare o non la clausola dell'appalto pubblico oggetto dell'aggiudicazione (accettando, quindi, anche l'esclusione dalla procedura)»<sup>130</sup>.

Dunque, ancora una volta può dirsi che il contratto collettivo funge al più da parametro per la definizione del trattamento da erogare<sup>131</sup>; tant'è che l'imprenditore può sempre decidere di applicare un diverso accordo collettivo, ferma restando, come si è detto, l'equivalenza del trattamento da corrispondere<sup>132</sup>.

Le stesse argomentazioni già richiamate, hanno poi consentito al Consiglio di Stato di escludere anche l'esistenza di un contrasto con l'art. 41 Cost., anche tenuto conto del fatto che secondo la disposizione richiamata «la libera iniziativa economica “non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale”», circostanza che giustifica l'aver consentito alla p.a. «la scelta di indicare il CCNL applicabile alle prestazioni oggetto di gara»<sup>133</sup>.

### *7. Le clausole di equo trattamento e le frizioni con il diritto europeo*

Accanto ai profili di legittimità costituzionale, le clausole sociali di equo trattamento previste dall'ordinamento italiano hanno sollevato anche alcuni dubbi relativi alla loro conformità con il diritto europeo, a partire dal noto caso *Rüffert*<sup>134</sup>.

Tale precedente della Corte di Lussemburgo ha avuto l'effetto di mettere in discussione la compatibilità della normativa italiana con il diritto europeo, ponendo delle questioni mai del tutto sopite né dalla successiva giurisprudenza dei giudici di Lussemburgo, né dall'entrata in vigore della Direttiva 2014/24/EU.

In tale occasione, la Corte di Giustizia ha adottato la disciplina in materia di distacco transnazionale, prevista dalla Diret-

---

<sup>130</sup> CONSIGLIO DI STATO, *Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici*, cit., p. 27.

<sup>131</sup> F. DI NOIA, *Le clausole sociali*, cit., p. 618.

<sup>132</sup> E. CARUSO, *Equo trattamento*, cit., p. 889.

<sup>133</sup> CONSIGLIO DI STATO, *Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici*, cit., p. 27.

<sup>134</sup> C. Giust., 3 aprile 2008, C-346/06, *Dirk Rüffert c. Land Niedersachsen*.

tiva 96/71/CE, come parametro<sup>135</sup> per valutare la conformità delle clausole di equo trattamento con il diritto europeo<sup>136</sup>. All'esito di un giudizio di proporzionalità, è stato escluso che l'obiettivo di garantire trattamenti minimi ai lavoratori impiegati in appalto pubblico potesse giustificare l'imposizione di un obbligo di applicare contratti collettivi non dotati di efficacia generale<sup>137</sup>. Questi non sarebbero infatti rientrati nell'ambito delle tutele garantite ai lavoratori distaccati ai sensi dell'art. 3 della Direttiva 96/71/CE, che fa rinvio alle sole tutele dettate dalle norme di legge o da contratti collettivi aventi efficacia generale.

Per la Corte, imporre un trattamento minimo sancito da un contratto non dotato di efficacia generale avrebbe invece generato un limite sproporzionato rispetto alla libera circolazione dei servizi e alla concorrenza tra imprese, non giustificato neppure dall'obiettivo di tutela dei lavoratori. E ciò anche in ragione della disparità di trattamento che la clausola avrebbe originato rispetto al settore privato<sup>138</sup>.

La pronuncia, pur non riguardando la disciplina italiana, ha avuto l'effetto di mettere in dubbio la conformità delle clausole di equo trattamento (come previste all'epoca nel Codice del 2006) al diritto europeo, in quanto idonee ad estendere indirettamente contratti collettivi non dotati di efficacia *erga omnes*<sup>139</sup>, secondo un meccanismo, come si è visto, ripreso sia dall'art. 30, co. 4, del d.lgs. n. 50 del 2016, sia oggi dall'art. 11 del d.lgs. n. 36 del 2023.

---

<sup>135</sup> G. ORLANDINI, *Clausola di equo trattamento negli appalti pubblici e diritto dell'UE: a che punto siamo?*, in *Riv. giur. lav.*, 2024, I, pp. 15 ss.

<sup>136</sup> C. Giust. 3 aprile 2008, C-346/06, cit., pt. 38.

<sup>137</sup> Secondo la Corte: «obbligando gli aggiudicatari di appalti pubblici di lavori e, indirettamente, i loro subappaltatori ad applicare la retribuzione minima così come prevista dal contratto collettivo “Settore edilizio”, una legge come quella del Land può imporre ai prestatori di servizi stabiliti in un altro Stato membro, che applichi salari minimi inferiori, un onere economico supplementare, atto a impedire, ostacolare o rendere meno attraenti le loro prestazioni nello Stato ospitante. Pertanto, un provvedimento quale quello in discussione nella causa principale è tale da costituire una restrizione ai sensi dell'art. 49 CE»; C. Giust. 3 aprile 2008, C-346/06, cit., pt. 37.

<sup>138</sup> Sul punto v. M. GIACONI, *L'impiego strategico*, cit., p. 47.

<sup>139</sup> G. ORLANDINI, *Clausola di equo trattamento*, cit., p. 11.

Le posizioni adottate dalla Corte con la sentenza *Rüffert*, sono state poi ribadite nel caso *Bundesdruckerei*<sup>140</sup>.

Un parziale cambio di prospettiva si deve invece alla sentenza *RegioPost*<sup>141</sup>. In questo caso, a venire messo in discussione era l'obbligo, imposto per legge, di pagare un minimo salariale ai lavoratori impiegati nell'esecuzione dell'appalto pubblico.

A fronte della questione, la Corte ha considerato legittima la disparità di trattamento tra dipendenti impiegati nel settore delle commesse pubbliche e private, ritenuta invece ingiustificata nella pronuncia *Rüffert*<sup>142</sup>. Si è affermato che né la normativa in materia di contratti pubblici (allora la Direttiva 2004/18/CE) né l'art. 56 TFUE ostano ad una disciplina volta ad imporre il rispetto di un salario minimo previsto dalla legge quale condizione di aggiudicazione di un appalto pubblico.

La pronuncia è stata accolta da parte dei commentatori come simbolo di un'inversione di tendenza: da un approccio rigi-

---

<sup>140</sup> C. Giust. 18 settembre 2014, C-549/13, *Bundesdruckerei GmbH c. Stadt Dortmund*; in tale occasione la Corte di Giustizia ha ribadito la posizione rigida già adottata nel caso *Rüffert*, adottando questa volta quale parametro solo l'art. 56 TFUE, in ragione dell'inapplicabilità al caso in questione della disciplina in materia di distacco transnazionale. Si v. P. BOGDANOWICZ, *Article 56 TFEU and the Principle of Proportionality: Why, When and How Should They be Applied After RegioPost?*, in A. SÁNCHEZ-GRAELLS (ed.), *Smart public procurement and labour standards. Pushing the discussion after RegioPost*, Hart publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2018, pp. 31-32.

<sup>141</sup> C. Giust. 17 novembre 2015, C-115/14, *RegioPost GmbH & Co. KG c. Stadt Landau in der Pfalz*, in *Riv. giur. lav.*, 2016, II, pp. 135 ss., con nota di V. BRINO, *Salario minimo legale e appalti pubblici: il caso RegioPost*.

<sup>142</sup> La Corte non chiarisce però quando una misura limitativa delle libertà economiche sia giustificata dall'obiettivo di tutela del lavoro, prendendo solo indirettamente le distanze con quanto statuito nel caso *Rüffert*; così, P. BOGDANOWICZ, *Article 56 TFEU*, cit., p. 43. È vero che una differenza sostanziale sta nel fatto che la questione che ha dato origine alla pronuncia *RegioPost* non riguardava un distacco transnazionale; tuttavia la Corte tiene in considerazione il carattere astrattamente transnazionale che può assumere la disciplina in materia di appalti pubblici, così decidendo di adottare comunque la Direttiva 96/71/CE come parametro, sostanzialmente trattando il caso *RegioPost* come una fattispecie rientrante nell'ambito del distacco, ancorché in termini meramente potenziali; R. CARANTA, *Upholding General Principles versus Distinguishing Cases: On the Use of Precedent in EU Public Procurement Law (A Case Study)*, in A. SÁNCHEZ-GRAELLS (ed.), *Smart public procurement and labour standards*, cit., p. 60; D. IZZI, *Lavoro negli appalti*, cit., pp. 95 ss.

damente appiattito sul mercato interno ad uno più attento ai diritti sociali<sup>143</sup>.

La sentenza non risolve però la questione relativa alla compatibilità con il diritto europeo di quelle discipline volte ad imporre limiti previsti da fonti collettive non dotate di efficacia generale. A venire in rilievo in *Regio Post* era infatti una disciplina di legge, dotata di efficacia generale. Ed è proprio questo, del resto, il punto dirimente che consente alla Corte di addivenire ad una diversa soluzione rispetto a quella del caso *Rüffert*<sup>144</sup>.

#### 8. *Le clausole sociali nel panorama europeo dopo la Direttiva «salari minimi adeguati»*

Il nodo aperto con la sentenza *Rüffert* non è stato del tutto sciolto neppure in seguito dalla Corte di Giustizia, la quale peraltro non è mai stata investita dai giudici nazionali della questione relativa alle clausole sociali di equo trattamento previste nell'ordinamento italiano<sup>145</sup>.

Il tema è rimasto, così, al centro del dibattito dottrinale, ma lontano dalle aule di giustizia.

Né, come si è detto, la questione è stata risolta dalla successiva Direttiva 2014/24/UE. Questa obbliga, da una parte, gli Stati all'adozione di «misure adeguate», anche al fine di garantire il rispetto della normativa lavoristica (art. 18, par. 2). Dall'altra parte, però, nei suoi considerando, la stessa Direttiva prevede che i criteri di aggiudicazione vadano «applicati conformemente alla Direttiva 96/71/CE, quale interpretata dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea»<sup>146</sup>, non precludendo del

---

<sup>143</sup>R. CARANTA, *Upholding General Principles*, cit., p. 59.

<sup>144</sup> C. Giust. 17 novembre 2015, C-115/14, cit., pt. 74-75; cfr. P. BOGDANOWICZ, *Article 56 TFEU*, cit., p. 33; R. CARANTA, *Upholding General Principles*, cit., pp. 58-59; C. KAUPA, *Public Procurement, Social Policy and Minimum Wage Regulation for Posted Workers: Towards a More Balanced Socio-Economic Integration Process?*, in *European Papers*, 2015, n. 1 (1), p. 136. Sulle differenze tra i casi *Rüffert* e *Regiopost*, v. anche S. COSTANTINI, *Direttive sui contratti*, cit., pp. 16 ss.

<sup>145</sup> G. ORLANDINI, *Clausola di equo trattamento*, cit., p. 11.

<sup>146</sup> Cons. 98, Direttiva 2014/24/UE.

tutto la strada ad interpretazioni come quelle adottate nel caso *Rüffert*.

Anche a seguito dell'entrata in vigore della Direttiva 2014/24/UE è rimasto così ad aleggiare nel dibattito lo spettro dei limiti derivanti dalla disciplina in materia di distacco transnazionale.

Rispetto al quadro sin qui delineato, indicazioni incoraggianti sembrano però finalmente provenire dal testo della Direttiva 2022/2041 in materia di salari minimi adeguati<sup>147</sup>.

L'art. 9 di tale Direttiva, specificatamente dedicato ai contratti pubblici, prevede che «conformemente alle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, gli Stati membri adottano misure adeguate a garantire che gli operatori economici e i loro subappaltatori, nell'aggiudicazione ed esecuzione di appalti pubblici o contratti di concessione, si conformino agli obblighi applicabili concernenti i salari, il diritto di organizzazione e la contrattazione collettiva sulla determinazione dei salari, nel settore del diritto sociale e del lavoro, stabiliti dal diritto dell'Unione, dal diritto nazionale, dai contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali di diritto sociale e del lavoro, comprese le convenzioni dell'OIL n. 87 del 1948 sulla libertà sindacale e la protezione del diritto sindacale e n. 98 del 1949 sul diritto di organizzazione e di contrattazione collettiva».

La disposizione va letta insieme al considerando n. 31<sup>148</sup>. Qui, si precisa l'importanza del rispetto del salario minimo, introdotto per legge o dalla contrattazione collettiva, anche nell'aggiudicazione e nell'esecuzione dei contratti pubblici, espressamente richiamando l'obbligo, già imposto sugli Stati Membri dall'art. 18, par. 2 della Direttiva 2014/24/UE, di «adottare misure adeguate, inclusa la possibilità di introdurre condizioni di esecuzione contrattuale, e garantire che gli operatori economici applichino ai rispettivi lavoratori i salari determinati dai contratti collettivi per il settore e l'area geografica

---

<sup>147</sup> G. ORLANDINI, *Clausola di equo trattamento*, cit., pp. 22 ss.; D. TARDIVO, *The ambiguous role of social clauses in European directive 2014/24*, in *Italian Labour Law E-Journal*, 2021, 14 (1), pp. 293-294.

<sup>148</sup> S. BORELLI, *La direttiva sui salari minimi adeguati nell'ambito della governance economica europea*, in P. ALBI (a cura di), *Salario minimo e salario giusto*, cit., p. 146.

pertinenti e rispettino i diritti dei lavoratori e dei sindacati derivanti dalle convenzioni dell'OIL n. 87 del 1948 sulla libertà sindacale e la protezione del diritto sindacale e n. 98 del 1949 sul diritto di organizzazione e di contrattazione collettiva, come indicato in tali direttive, al fine di rispettare gli obblighi applicabili in materia di diritto del lavoro»<sup>149</sup>.

Come specificato nel considerando 31, la Direttiva in materia di salari non introduce alcun nuovo obbligo in capo agli Stati e alle stazioni appaltanti. Ciò non priva però le norme richiamate di un valore almeno interpretativo.

Le disposizioni in parola sembrerebbero infatti offrire un argomento in favore del superamento dei residui dubbi in merito alla compatibilità con il diritto unionale di una clausola di equo trattamento che imponga il rispetto di un trattamento fissato da contratti collettivi che non abbiano efficacia *erga omnes*<sup>150</sup>, come quella oggi contenuta nell'art. 11 del d.lgs. n. 36 del 2023.

Vero è che pure la Direttiva in materia di salari minimi adeguati omette di fare riferimento diretto agli accordi non dotati di efficacia generale. Tuttavia, essa mostra comunque un atteggiamento più favorevole a sistemi caratterizzati da un certo grado di informalità come quello italiano. Il considerando 31 fa, infatti, riferimento ai «salari determinati dai contratti collettivi per il settore e l'area geografica pertinenti»<sup>151</sup>. Ed è proprio sulla scorta di tale indicazione che va letto il rinvio ai contratti collettivi contenuto nell'art. 9.

---

<sup>149</sup> Si ricorda che una simile previsione è dettata in materia di concessioni e dall'art. 30, par. 3, Direttiva 2014/23/UE per cui gli Stati membri sono tenuti ad adottare: «misure adeguate per garantire che gli operatori economici, nell'esecuzione di contratti di concessione, rispettino gli obblighi applicabili in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dal diritto dell'Unione, dal diritto nazionale, da contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro elencate nell'allegato X». In materia di appalti speciali, si v. invece l'art. 36, par. 2, Direttiva 2014/25/EU.

<sup>150</sup> In dottrina, è stato detto che l'art. 9 avrebbe il «pregio di fugare ogni dubbio circa la [...] compatibilità con il diritto dell'Unione e, in particolare, con la dir. 2014/24/UE» delle clausole sociali di prima generazione; O. RAZZOLINI, *Salario minimo*, cit., p. 11.

<sup>151</sup> V. BAVARO, S. BORELLI, G. ORLANDINI, *La proposta di direttiva UE sul salario minimo*, in *Riv. giur. lav.*, 2021, I, pp. 128 ss.

D'altra parte, significativa è anche la *ratio* stessa della Direttiva, ispirata all'intento di promuovere il più possibile l'estensione della copertura contrattuale anche (e soprattutto) in quegli Stati Membri in cui la contrattazione collettiva non abbia efficacia *erga omnes*.

Un ulteriore argomento in favore del superamento della dottrina *Rüffert* è poi fornito anche dall'evoluzione della disciplina in materia di distacco transnazionale che, come si è detto, ha rappresentato il parametro che ha spinto a censurare la legge del *Land* tedesco, nella misura in cui rinviava a contratti non dotati di efficacia *erga omnes*.

La Direttiva 96/71/CE in materia di distacco transnazionale è stata infatti profondamente riformata dal legislatore europeo con la Direttiva 2018/957/UE. Questa, dopo un primo intervento di riforma già nel 2014<sup>152</sup>, ha ridisegnato le tutele offerte ai lavoratori impiegati in fenomeni di distacco transnazionale, ampliando il novero delle materie in cui si applica il principio di parità di trattamento e, soprattutto, introducendo il diritto alle stesse «retribuzioni» previste dalla legislazione nazionale e dai contratti collettivi, superando il rinvio alle «tariffe minime salariali» previste dal testo originario<sup>153</sup>.

A seguito delle resistenze mostrate dai Paesi “esportatori” rispetto a tale principio di parità salariale, il nuovo testo ha fornito alla Corte di Giustizia l'occasione per una reinterpretazione dell'art. 56 TFUE, quale base giuridica della disciplina in materia di distacco. In due sentenze gemelle, i giudici di Lussem-

---

<sup>152</sup> Il riferimento è alla Direttiva 2014/67/UE, anche nota come Direttiva «*Enforcement*».

<sup>153</sup> In passato, per aggirare i limiti del testo, la giurisprudenza europea aveva ritenuto necessario adottare una interpretazione ampia della nozione di tariffe minime salariali; così in C. Giust., 12 febbraio 2015, C-396/13, *Sähköalojen ammattiliitto ry v. Elektrobudowa Spółka Akcyjna*. Tale impostazione lasciava però di fatto agli Stati la facoltà di determinarne il contenuto della retribuzione minima; cfr. M. CORTI, *Il distacco transnazionale dei lavoratori nell'UE: dal dumping sociale alle nuove prospettive del diritto del lavoro europeo*, in *Var. temi dir. lav.*, 2021, pp. 58 ss.; A. ALLAMPRESE, S. BORELLI, G. ORLANDINI, *La nuova direttiva sul distacco transnazionale dei lavoratori*, in *Riv. giur. lav.*, 2019, I, p. 135. Sulle conseguenze della riforma nel sistema italiano, v. C. DE MARCO, *Le principali novità sulla disciplina del distacco dei lavoratori comunitari nel D.Lgs. n. 122/2020 di recepimento della direttiva n. 2018/957 UE*, in *LPO*, 2021, pp. 186 ss.

burgo hanno infatti ritenuto di dover leggere tale disposizione anche alla luce della clausola sociale introdotta all'art. 9 TFUE dal Trattato di Lisbona.

L'inedita valorizzazione della clausola sociale ha, così, consentito alla Corte di chiarire come nella sua discrezionalità il legislatore europeo sia legittimato anche a perseguire obiettivi sociali<sup>154</sup>. E infatti, pur non essendo inclusi nel diritto primario dell'Unione al momento dell'adozione del trattato, le finalità di carattere sociale sono ora formalmente incluse tra i principi cardine dell'ordinamento in ragione di quanto sancito dall'art. 9 TFUE<sup>155</sup>.

In tal senso, anche laddove venisse ancora una volta impiegata come parametro per vagliare la proporzionalità delle misure sociali assunte nella materia degli appalti pubblici, la Direttiva n. 96/71/CE, come riformata dalla Direttiva 2018/957/UE, andrebbe, dunque, riletta anche alla luce di quanto affermato dai giudici lussemburghesi e dalla loro più recente interpretazione dell'art. 56 TFUE.

Peraltro, nello stesso anno, non va dimenticato che la Corte ha avuto anche modo di esprimersi sulle finalità sociali perseguibili in funzione della Direttiva 2014/24/UE.

Pur non prendendo parola sulla questione relativa alla compatibilità delle clausole di equo trattamento dei Codici italiani con la normativa europea<sup>156</sup>, la Corte ha tuttavia avuto modo di

---

<sup>154</sup> Sul punto v. D. IZZI, *Diritti sociali e integrazione negativa nel mercato unico europeo: da Laval a oggi*, in *Labor*, 2021, pp. 504 ss.

<sup>155</sup> D. DIVERIO, *Il distacco nella giurisprudenza della Corte di giustizia: quale equilibrio fra libera circolazione dei servizi e tutela dei lavoratori?*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2022, p. 495.

<sup>156</sup> Si allude al caso C. Giust., 30 gennaio 2020, sez. II, C-395/18, *TIM SpA*. Questo caso riguardava, in effetti, la normativa italiana, con riferimento però alla disciplina delle cause di esclusione. In tale occasione, la Corte ha ritenuto che l'art. 57, par. 4, lett. a), della Direttiva 2014/24/UE non osta ad una «normativa nazionale, in virtù della quale l'amministrazione aggiudicatrice abbia la facoltà, o addirittura l'obbligo, di escludere l'operatore economico che ha presentato l'offerta dalla partecipazione alla procedura di aggiudicazione dell'appalto qualora nei confronti di uno dei subappaltatori menzionati nell'offerta di detto operatore venga constatato il motivo di esclusione previsto dalla disposizione sopra citata». È stato tuttavia altresì precisato che «tale disposizione, letta in combinato disposto con l'articolo 57, paragrafo 6, della medesima direttiva, nonché il principio di proporzionalità, ostano ad una normativa nazionale che stabilisca il carattere automatico di tale esclusione».

ribadire la centralità degli obiettivi di carattere sociale, elevandoli a “principio” della disciplina regolante la materia in questione, al pari dei principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di trasparenza, di proporzionalità, nonché di divieto di sottrazione di un appalto all’ambito di applicazione della Direttiva 2014/24/UE o di limitazione artificiosa della concorrenza<sup>157</sup>.

*9. Il costo della manodopera e la valutazione di anomalia dell’offerta nelle procedure a evidenza pubblica*

Nel Codice dei contratti pubblici, le disposizioni volte a prevenire il *dumping* e a tutelare il trattamento economico e normativo dei lavoratori non si arrestano alle clausole di equo trattamento.

Il principio di cui all’art. 11 del d.lgs. n. 36 del 2023, che si è avuto modo di esaminare, va infatti letto congiuntamente ad altre disposizioni, ispirate alla medesima finalità di sottrarre il costo del lavoro dal gioco concorrenziale e di assicurare un equo trattamento ai lavoratori.

Questo è il fine perseguito innanzitutto da talune clausole di esclusione previste dagli artt. 94 e 95 dell’attuale Codice.

In particolare, l’art. 94, co. 6, prevede fra le cause di esclusione automatica l’aver «commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, degli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti». Rientra, invece, fra le cause di esclusione non automatiche l’accertamento di «gravi infrazioni, debitamente accertate con qualunque mezzo adeguato, alle norme in materia di salute e di sicurezza sul lavoro nonché agli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dalla normativa europea e nazionale, dai contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali elencate nell’allegato X alla Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014» (art. 95, co. 1, lett. a), nonché l’ipotesi in cui l’amministrazione «ritenga, sulla base di

---

<sup>157</sup> Cfr. C. Giust., 30 gennaio 2020, sez. II, C-395/18, cit., pt. 38 (v. *supra* cap. I, par. 4, spec. nt. 61).

qualunque mezzo di prova adeguato, che lo stesso [n.d.r. l'operatore economico] ha commesso gravi violazioni non definitivamente accertate agli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse o contributi previdenziali» (art. 95, co. 2)<sup>158</sup>.

Una volta verificata l'assenza delle dette cause di esclusione, prima di procedere all'aggiudicazione, l'amministrazione è onerata dell'obbligo di valutare la congruità e adeguatezza dell'offerta tenendo conto dei costi dichiarati dall'operatore con riguardo a lavoro e sicurezza. Questo deve infatti indicare a pena di esclusione nell'offerta i costi della manodopera, insieme a quelli previsti per l'adempimento degli oneri aziendali in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro, secondo quanto previsto dall'art. 108, co. 9<sup>159</sup>. Inoltre, ai sensi dell'art. 102, l'operatore dovrà assumere, fra l'altro, l'impegno di garantire l'applicazione dei contratti collettivi, individuati secondo quanto previsto dall'art. 11<sup>160</sup>, indicando «nell'offerta le modalità con le quali intende adempiere quegli impegni»<sup>161</sup>.

Le informazioni così fornite dall'operatore economico vengono valutate dalla stazione appaltante, seguendo la procedura prevista dall'art. 110. Tale valutazione, nota come «verifica di anomalia dell'offerta», è volta «ad accertare che la proposta dell'operatore economico sia in concreto attendibile e idonea ad assicurare la corretta esecuzione dell'appalto»<sup>162</sup>. Come si vedrà, all'interno del vaglio è ricompresa anche la congruità dei costi della manodopera e, in ogni caso, dei trattamenti minimi salariali e degli obblighi di sicurezza.

Al fine di poter procedere a tale verifica, già nella fase di progettazione, si richiede alla stazione appaltante di stimare *ex an-*

---

<sup>158</sup> Sulle cause di esclusione per motivi sociali nel nuovo Codice, v. R. CARANTA, S. FICHERA, *Il nuovo codice degli appalti pubblici e le tutele sociali dal punto di vista dell'amministrativista*, in *Riv. giur. lav.*, 2024, I, pp. 46 ss.

<sup>159</sup> Secondo la giurisprudenza, «ponendosi in linea di continuità con il d.lgs. n. 50 del 2016, il d.lgs. n. 36 del 2023 riproduce l'obbligo di indicazione separata dei costi della manodopera e degli oneri per la sicurezza aziendali (art. 108, comma 9), i quali sono elementi essenziali dell'offerta economica e, pertanto, insuscettibili di modificazione tramite i giustificativi da presentarsi nel corso del sub-procedimento di verifica dell'anomalia»; TAR Lazio, Roma, sez. III ter, 3 dicembre 2024, n. 21698, in *giustizia-amministrativa.it*.

<sup>160</sup> Art. 102, co. 1, lett. b), d.lgs. n. 36 del 2023.

<sup>161</sup> Art. 102, co. 2, d.lgs. n. 36 del 2023.

<sup>162</sup> TAR Lazio, Roma, sez. III ter, 3 dicembre 2024, n. 21698, cit.

te i costi del lavoro, attraverso il ricorso alle tabelle ministeriali. L'art. 41 del d.lgs. n. 36 del 2023, al co. 13, conferma infatti il ruolo attribuito dal precedente Codice alle tabelle ministeriali quali parametri per la determinazione del costo del lavoro<sup>163</sup>.

Si tratta di tabelle che contengono una stima del costo medio (annuo e orario) di ogni lavoratore, a seconda del suo inquadramento, ricavato sulla base dei valori economici definiti dalla contrattazione collettiva, prendendo sempre a riferimento gli accordi stipulati dalle organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative<sup>164</sup>. Vale però la pena sottolineare che, se «tra tabelle e contratti collettivi vi è un'evidente interdipendenza (dal momento che le prime sono costruite sulla base dei secondi)», va, comunque, escluso che fra gli stessi vi sia una perfetta coincidenza<sup>165</sup>. Il costo della manodopera previsto nelle tabelle potrebbe invero non coincidere con quello che verrà, poi, effettivamente sopportato dall'operatore economico.

Si tratta, infatti, di una stima<sup>166</sup>, non vincolante<sup>167</sup>, che potrebbe non corrispondere con il costo sostenuto dall'operatore economico, ad esempio, in ragione di una diversa organizzazione aziendale.

---

<sup>163</sup> Cfr. art. 23, co. 16, del d.lgs. n. 50 del 2016; v. *supra* par. 2.

<sup>164</sup> In continuità con il passato, nella disposizione si precisa che, in mancanza di contratto collettivo applicabile, «il costo medio del lavoro è determinato in relazione al contratto collettivo del settore merceologico più affine a quello preso in considerazione» (art. 41, co. 13, secondo periodo, d.lgs. n. 36 del 2023).

<sup>165</sup> E. CARUSO, *La funzione sociale*, cit., pp. 435-436.

<sup>166</sup> M. NOVELLA, *Costo del lavoro*, cit., p. 268. Invero, come precisato anche di recente dalla giurisprudenza amministrativa: «quella formulata nel bando dalla stazione appaltante è una stima che sconta inevitabili margini di opinabilità e, conseguentemente, non può essere considerata cogente per l'operatore economico»; TAR Lazio Roma, sez. I, 8 agosto 2024, n. 15720, in *giustizia-amministrativa.it*.

<sup>167</sup> Secondo i giudici: «da dette tabelle è possibile discostarsi – il che può essere fatto sia dalla stazione appaltante, nella predisposizione dei documenti di gara, sia dal concorrente, nella formulazione dell'offerta economica –, in quanto la previsione di inderogabilità, ora prevista dall'art. 110, comma 4, del nuovo codice dei contratti pubblici, riguarda il trattamento normativo e retributivo del lavoratore in base ai minimi previsti dalla contrattazione collettiva e non anche la spesa globale sostenuta dall'impresa per il personale nell'espletamento della commessa posta in gara»; TAR Veneto, sez. I, 3 dicembre 2024 n. 2871, in *giustizia-amministrativa.it*.

È vero infatti che l'art. 41, co. 14, del nuovo Codice sottrae la manodopera al ribasso disponendo che «i costi della manodopera e della sicurezza sono scorporati dall'importo assoggettato al ribasso». Tuttavia, il periodo successivo della stessa disposizione lascia «ferma la possibilità per l'operatore economico di dimostrare che il ribasso complessivo dell'importo deriva da una più efficiente organizzazione aziendale».

A tale seconda parte della disposizione da ultimo richiamata, è stato riconosciuto dalla dottrina il ruolo di «*equilibratore* dei vari interessi in gioco»<sup>168</sup>, quale precisazione funzionale ad evitare una compressione eccessiva della libertà di impresa<sup>169</sup>.

Tuttavia, è proprio su tale parte del co. 14 che si sono concentrati gli interpreti. Si è così escluso che nell'attuale Codice sia vigente un «divieto assoluto di ribasso dei costi della manodopera»<sup>170</sup>.

In particolare, interpretando la disposizione congiuntamente agli artt. 108, co. 9, e 110, co. 1, dell'attuale Codice, la già copiosa giurisprudenza che si è espressa in materia<sup>171</sup> ha confermato che è possibile sottoporre a ribasso i costi della manodopera. E infatti, secondo i giudici, se «il legislatore avesse voluto considerare tali costi fissi e invariabili, non avrebbe avuto senso richiedere ai concorrenti di indicarne la misura nell'offerta economica, né avrebbe avuto senso includere anche i costi della manodopera tra gli elementi che possono concorrere a determi-

---

<sup>168</sup> E. CARUSO, *Equo trattamento*, cit., p. 882.

<sup>169</sup> Secondo la giurisprudenza amministrativa: «La libertà di iniziativa economica deve infatti comprendere la facoltà dell'operatore economico di dimostrare che la più efficiente organizzazione aziendale impatta sui costi della manodopera, diminuendone l'importo rispetto a quello stimato dalla stazione appaltante nella disciplina di gara, salvo il rispetto dei trattamenti salariali minimi inderogabili», TAR Toscana Firenze, sez. IV, 29 gennaio 2024, n. 120, in *giustizia-amministrativa.it*.

<sup>170</sup> TAR Emilia-Romagna Parma, sez. I, 20 marzo 2025, n. 111, in *giustizia-amministrativa.it*, con commento di F. QUARANTA, *Il ribasso sul costo della manodopera negli appalti pubblici: commento a TAR Parma, n. 111 del 2025, TAR Lecce n. 434 del 2025 e TAR Cagliari n. 250 del 2025*, in *Riv. trim. appalti*, 2025, pp. 35 ss.

<sup>171</sup> Si è trattato di uno dei temi di cui più i giudici sono stati investiti già nel primo anno di applicazione del nuovo Codice; cfr. L. CARBONE, *Il Codice dei contratti pubblici: un anno di applicazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2024, pp. 443-444.

nare l'anomalia dell'offerta»<sup>172</sup>. Al contrario, consentendo il ribasso giustificato sulla base di una diversa organizzazione aziendale, l'art. 41, co. 14, avrebbe determinato una "armonizzazione" con l'art. 41 Cost. del criterio di delega<sup>173</sup>, previsto dall'art. 1, co. 2, lett. t), della legge n. 78 del 2022, che avrebbe imposto di prevedere «in ogni caso che i costi della manodopera e della sicurezza siano sempre scorporati dagli importi assoggettati a ribasso».

Si tratta di un orientamento condiviso anche dal Consiglio di Stato secondo il quale dalla lettura congiunta delle disposizioni citate emerge la volontà di «responsabilizzare gli operatori economici, allo scopo di assicurare che questi ultimi, prima di formulare il proprio "ribasso complessivo", svolgano una seria valutazione preventiva dei predetti costi»<sup>174</sup>. In questi termini, pur riconoscendo uno spazio più ampio alle tutele lavoristiche in ragione del principio di cui all'art. 11, il Consiglio di Stato riconosce comunque una «continuità del Codice del 2023 rispetto a quello del 2016 nella tutela degli interessi dei lavoratori»<sup>175</sup>.

Anche l'attuale non sottrae infatti del tutto i costi della manodopera al ribasso. La novità sta invece nel fatto che «i costi della manodopera sono indicati separatamente», senza che per il Consiglio di Stato tale indicazione separata serva a sottrarli dal ribasso<sup>176</sup>.

---

<sup>172</sup> TAR Sicilia Catania, sez. III, 11 novembre 2024, n. 3739, in *giustizia-amministrativa.it*.

<sup>173</sup> Cons. Stato, sez. V, 9 giugno 2023, n. 5665, in *giustizia-amministrativa.it*; nello stesso senso, v. Cons. Stato, sez. V, 12 novembre 2024, n. 9036, in *giustizia-amministrativa.it*.

<sup>174</sup> Cons. Stato, sez. V, 19 novembre 2024, n. 9255 e, in senso analogo, n. 9254, entrambe in *giustizia-amministrativa.it*. L'affermazione è stata ripresa anche dalla Consulta, in Corte Cost., 19 giugno 2025, n. 80, in G. U. 25 giugno 2025 n. 26, per cui: «il delineato quadro normativo statale, riveniente dal combinato disposto degli artt. 108, comma 9, e 110, comma 1, cod. contratti pubblici, è l'esito di un'operazione di bilanciamento fra la tutela della concorrenza, diretta a salvaguardare valori quali la parità di trattamento dei partecipanti alla gara e la trasparenza, e la tutela della manodopera, che il legislatore statale ha inteso apprestare in modo rafforzato, con la finalità di conseguire obiettivi di interesse sociale».

<sup>175</sup> Cons. Stato, sez. V, 19 novembre 2024, n. 9255, cit.

<sup>176</sup> Cons. Stato, sez. V, 2 luglio 2025, n. 5712, in *giustizia-amministrativa.it*. E infatti secondo l'ANAC: «nonostante la formulazione letterale della prima parte dell'art. 41, comma 14, del d.lgs. 36/2023 induca a ritenere che i costi

Da tali premesse, discende che anche sotto la vigenza dell'attuale Codice «l'operatore economico che applichi il ribasso anche ai costi della manodopera» subisce «non l'esclusione dalla gara, ma l'assoggettamento della sua offerta alla verifica dell'anomalia»<sup>177</sup>, disciplinata dall'art. 110.

È in tale occasione che «l'operatore economico avrà l'onere di dimostrare che il ribasso deriva da una più efficiente organizzazione aziendale»<sup>178</sup>, e cioè che il minor costo della manodopera

---

della manodopera siano scorporati dall'importo assoggettato a ribasso, la lettura sistematica e costituzionalmente orientata delle diverse disposizioni del Codice in materia di costi della manodopera, ed in particolare dello stesso art. 41, comma 14, seconda parte, e degli artt. 108, comma 9 e 110, induce a ritenere che il costo della manodopera continui a costituire una componente dell'importo posto a base di gara»; cfr. il parere di precontenzioso dato dall'ANAC, con delibera n. 528 del 15 novembre 2023. Sulla questione v. anche il parere di precontenzioso del 10 aprile 2024, n. 174 e il parere del MIT del 17 aprile 2024, n. 2505.

Rispetto alla posizione del Consiglio di Stato, nella giurisprudenza di merito si è affermato anche un orientamento più restrittivo per cui «i costi della manodopera, pur rientrando nel più generale "importo posto a base di asta" non sono «inclusi nel c.d. importo assoggettato al ribasso ovvero nell'importo sul quale dovrà essere applicato il ribasso percentuale offerto dal concorrente e ciò all'evidente fine di non sottostimare le retribuzioni da erogare ai lavoratori "applicati" nell'esecuzione delle commesse pubbliche». Ciò non esclude però che l'operatore possa, in via separata, «rispetto "all'importo assoggettato al ribasso" (ovvero quello sul quale applicare la percentuale di ribasso percentuale), esporre una cifra, a titolo di costi della manodopera, inferiore rispetto a quella che la stazione appaltante ha previsto *ex ante* nell'ambito del più ampio importo posto a base di gara». In tal senso, sono stati ritenuti pur sempre possibili ribassi «indiretti» sui costi fissi di manodopera, purché giustificati dalla più efficiente organizzazione aziendale, al contrario dei ribassi diretti, invece ritenuti vietati dall'art. 41, co. 14; TAR Puglia Lecce, sez. II, 19 marzo 2025, n.434 in *giustizia-amministrativa.it*, con commento di F. QUARANTA, *Il ribasso sul costo della manodopera*, cit., pp. 35 ss. Nello stesso senso v. anche TAR Calabria Catanzaro, sez. I, 4 agosto 2025, n.1358, in *giustizia-amministrativa.it*.

<sup>177</sup> TAR Toscana Firenze, sez. IV, 29 gennaio 2024, n. 120, cit.

<sup>178</sup> *Ibidem*. Tale primo approdo giurisprudenziale è stato oggetto di ulteriori precisazioni da parte dei tribunali amministrativi, che hanno chiarito come laddove «il ribasso offerto dall'operatore economico implichi anche la riduzione dei costi della manodopera indicati a base d'asta, l'offerta si presume *iusuris tantum* anomala, fatta salva la possibilità del concorrente di dimostrare ex art. 41, comma 14, del d.lgs. n. 36 del 2023 "che il ribasso complessivo dell'importo deriva da una più efficiente organizzazione aziendale"», TAR Sicilia Catania, sez. I, 22 luglio 2024, n. 2642, in *giustizia-amministrativa.it*; negli stessi termini v. anche Cons. Stato, sez. V, 19 novembre 2024, n. 9255, cit. Ne consegue che la sottoposizione alla verifica di anomalia è automatica allorquando un concorrente

«è correlato a soluzioni innovative e più efficienti, oppure, soprattutto in ipotesi di appalto di servizi [...] alla sua appartenenza ad un comparto, per il quale viene applicato un CCNL diverso da quello assunto come riferimento dalla stazione appaltante»<sup>179</sup>, ferma restando, deve ritenersi, l'equivalenza rispetto al CCNL indicato da quest'ultima, in conformità all'art. 11 e alle previsioni dell'All. I.01.

A tal fine, parte della giurisprudenza ritiene che non sia sufficiente un generico rinvio alla maggiore efficienza organizzativa, essendo invece necessario fornire una giustificazione puntuale e rigorosa<sup>180</sup>.

Dall'importo assoggettabile al ribasso devono, invece, sempre e comunque ritenersi esclusi i «trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge», oltre che i costi relativi agli «oneri di sicurezza di cui alla normativa vigente»<sup>181</sup>, come espressamente previsto dall'art. 110, co. 4, lett. a) e b)<sup>182</sup>.

Di tale limite inderogabile la stazione appaltante deve tener conto in occasione della verifica di anomalia dell'offerta. Tant'è che, secondo la giurisprudenza, quando nel corso della gara sopravvenga il rinnovo del contratto collettivo, non solo i lavoratori hanno diritto a tale trattamento, ma la stazione appaltante,

---

te abbia individuato, a titolo di costo della manodopera, un importo inferiore rispetto a quello indicato nell'importo a base di gara; TAR Lazio, sez. II-*bis*, 28 luglio 2025 n. 14863, in *giustizia-amministrativa.it*.

<sup>179</sup> TAR Toscana Firenze, sez. IV, 29 gennaio 2024, n. 120, cit.

<sup>180</sup> E infatti, la giurisprudenza ha richiesto il rispetto di criteri probatori rafforzati allorquando venga applicato un ribasso dei costi della manodopera. In particolare, è stato ritenuto che l'art. 41, co. 14, ammetta il ribasso sui costi della manodopera solo «in ragione di capacità aziendali o di benefici che devono essere allegati e dimostrati»; TAR Sicilia Catania, sez. II, 20 novembre 2024 n. 3836, in *giustizia-amministrativa.it*. Nello stesso senso, v. anche TAR Lazio, sez. II-ter, 30 luglio 2025 n. 15081, in *giustizia-amministrativa.it*.

<sup>181</sup> TAR Veneto, sez. I, 3 dicembre 2024 n. 2871, cit.

<sup>182</sup> Si tratta di limiti presenti anche nel precedente Codice. In tale quadro normativo, proprio la vincolatività riconosciuta al trattamento economico minimo ha spinto la più recente giurisprudenza ad ammettere, anche nell'alveo del precedente Codice, un «sindacato diretto del CCNL proposto nell'offerta tecnico-economica, finalizzato all'accertamento della conformità del trattamento retributivo accordato all'art. 36 Cost., in quanto norma costituzionale di applicazione immediata e diretta»; TAR Lombardia, 28 novembre 2023, n. 2830, cit.

in occasione della verifica dell'anomalia dell'offerta, deve tenere conto non già del costo tabellare, ma di quello ricavabile dal contratto eventualmente sopravvenuto<sup>183</sup>.

Fermo restando, dunque, il rispetto delle tariffe minime salariali, l'operatore economico potrebbe così, ad esempio, giustificare il più basso costo della manodopera dando prova di beneficiare di sgravi contributivi (o altri benefici statali) che non comportano penalizzazioni per la manodopera<sup>184</sup> ovvero di usufruire di particolari misure che consentano di ottenere una più efficiente organizzazione, ad esempio attraverso l'adozione di strumenti informatici.

Ma la giustificazione del ribasso potrebbe essere legittimamente data anche attraverso una dettagliata indicazione dei costi orari per lavoratore, del numero di lavoratori impiegati e del loro rispettivo inquadramento, nonché del CCNL applicato per singolo lavoratore. In tal senso, il *dumping* potrebbe, dunque, pur sempre avvenire, anche nel nuovo Codice, attraverso l'indicazione di un diverso inquadramento contrattuale dei lavoratori o attraverso l'applicazione contestuale di più contratti collettivi, tenuto conto oggi anche della possibilità di applicare diversi contratti collettivi in relazione alle eventuali prestazioni scorporabili.

La nuova formulazione dell'art. 11, anche dopo l'intervento correttivo, finisce così per non mettere del tutto al riparo da gare al ribasso giocate sulle spalle dei lavoratori coinvolti.

Al contrario, il nuovo Codice parrebbe lasciare, ancora una volta, alla discrezionalità della stazione appaltante ed alla sua sensibilità l'efficacia delle misure previste dal Codice per la prevenzione del *dumping*.

Alla stazione appaltante è infatti lasciata un'ampia discrezionalità nella valutazione delle giustificazioni addotte in riferimento al ribasso. Si tratta di una valutazione che deve, infatti,

---

<sup>183</sup> TAR Veneto, sez. I, 3 dicembre 2024 n. 2871, cit. A seguito dell'aggiudicazione ma prima della stipula del contratto, il rinnovo del CCNL non impone una nuova verifica di equivalenza, ma un riequilibrio del contratto; cfr. TAR Campania, Napoli, sez. I, 13 giugno 2024, n. 3735, in *Lav. giur.*, 2024, pp. 946 ss., con nota di I. SANTORO, *Appalto pubblico "in manutenzione": il rinnovo del CCNL tra congruità del costo del lavoro e varianti in corso d'opera*.

<sup>184</sup> TAR Lombardia Milano, sez. I, 11 novembre 2024, n. 3127, in *giustizia-amministrativa.it*.

avvenire in sede di verifica di anomalia dell'offerta: verifica, questa, che si caratterizza proprio per l'ampio grado di discrezionalità riconosciuto alla stazione appaltante<sup>185</sup>.

Si tratta di un margine discrezionale che è stato peraltro esteso dal nuovo Codice in coerenza, oltre che con il principio di risultato, anche con quello di fiducia introdotto «con il preciso fine di valorizzare l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici, con particolare riferimento alle valutazioni e alle scelte per l'acquisizione e l'esecuzione delle prestazioni oggetto di gara»<sup>186</sup>.

Tuttavia, il principio di fiducia «pur ampliando i poteri valutativi e la discrezionalità della p.a., [...] non può tradursi nella legittimazione di scelte discrezionali che tradiscono l'interesse pubblico sotteso ad una gara, le quali, invece, dovrebbero in ogni caso tendere al suo miglior soddisfacimento»<sup>187</sup>.

È in tal senso che potrebbe assumere valore la norma contenuta nella prima parte dell'art. 41, co. 14. Invero, la disposizione, nella parte in cui scorpora dall'importo soggetto al ribasso i

---

<sup>185</sup> È noto, infatti, che la verifica di anomalia dell'offerta è espressione di un «potere tecnico-discrezionale, riservato alla Pubblica Amministrazione», peraltro non sindacabile neppure in sede giurisdizionale, «salva l'ipotesi di manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza»; TAR Sicilia Catania, sez. I, 22 luglio 2024, n. 2642, cit. Al riguardo, è da ritenersi consolidato il principio per cui: «la valutazione di anomalia dell'offerta costituisce espressione della discrezionalità tecnica, di cui l'amministrazione è titolare per il conseguimento e la cura dell'interesse pubblico ad essa affidato dalla legge, e, come tale, sfugge al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salvo che non sia manifestamente inficiata da illogicità, arbitrarietà, irragionevolezza, irrazionalità o travisamento dei fatti; in altri termini, il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni operate dalla stazione appaltante in ordine al giudizio di anomalia dell'offerta non può estendersi oltre l'apprezzamento della loro intrinseca logicità e ragionevolezza, nonché della congruità della relativa istruttoria, essendo preclusa all'organo giurisdizionale la possibilità di svolgere (autonomamente o a mezzo di consulenti tecnici) un'autonoma verifica circa la sussistenza, o meno, dell'anomalia, trattandosi di questione riservata all'esclusiva discrezionalità tecnica dell'amministrazione»; così Cons. Stato, sez. V, 14 aprile 2023, n. 3811, in *giustizia-amministrativa.it*; nonché da ultimo in termini simili Cons. Stato, sez. V, 29 aprile 2024, n. 3854, in *giustizia-amministrativa.it*.

<sup>186</sup> TAR Sicilia Catania, sez. III, 11 novembre 2024, n. 3739, cit.

<sup>187</sup> *Ibidem*. Per una simile lettura dei principi di risultato e fiducia, si v. anche TAR Campania Napoli, sez. V, 6 maggio 2024, n. 2959, in *giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. V, 27 febbraio 2024, n. 1924, in *giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. V, 19 novembre 2024, n. 9255, cit.

costi della manodopera, sembrerebbe infatti operare in forma di «monito a p.a. e giudici ad assumere atteggiamenti di particolare rigore nel valutare gli scostamenti al ribasso sui costi del personale e le relative motivazioni»<sup>188</sup>.

La norma in questione, pur non fondando un rigido divieto di ribasso, costituirebbe dunque una sorta di bussola per la pubblica amministrazione nel perseguimento di un risultato virtuoso.

Come si è detto, è tuttavia probabile che sarà sempre la sensibilità delle stazioni appaltanti a fare la differenza<sup>189</sup>, oltre alla capacità della giurisprudenza di rimanere coerente all'esegesi dei principi così enunciata, senza farsi travolgere, ancora una volta, dalla necessità di un temperamento con le libertà tutelate dall'art. 41 Cost. o dalle esigenze di mero contenimento dei costi.

### 10. *I subappalti pubblici e la parità di trattamento "ritrovata"*

Un discorso a parte merita la questione della tutela del lavoro e delle clausole sociali nei contratti di subappalto.

Anche in questo caso il Codice attuale è intervenuto per tentare di risolvere alcuni dei problemi applicativi del d.lgs. n. 50 del 2016. Quest'ultimo dedicava alla tutela del lavoro in subappalto l'art. 105, il quale perseguiva l'obiettivo di prevenire fenomeni di *dumping* per il tramite sia di limiti quantitativi per il

---

<sup>188</sup> E. CARUSO, *Equo trattamento*, cit., p. 883, secondo cui la disposizione va letta come «tentativo del legislatore di enfatizzare la *maggiore rigidità* rispetto al passato dei costi del personale calcolati negli atti di gara: rigidità che discende dal nuovo art. 11 che garantisce *maggiore uniformità*, vincolando tutti gli offerenti al trattamento economico e retributivo individuato dalla p.a.».

<sup>189</sup> Le stazioni appaltanti possono limitare la possibilità di applicare determinate percentuali di ribasso all'interno della *lex specialis*; cfr. Cons. Stato, sez. V, 19 novembre 2024, n. 9255, cit., per cui la stazione appaltante può prevedere un parametro «espressivo della volontà della stazione appaltante di connotare la specifica disciplina della gara nel senso di escludere dalla dinamica dei ribassi la componente relativa al costo della manodopera».

ricorso al subappalto<sup>190</sup>, sia di un'apposita clausola sociale, contenuta nel co. 9, per cui in materia di subappalto «l'affidatario è tenuto ad osservare integralmente il trattamento economico e normativo stabilito dai contratti collettivi nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni».

Al pari dell'art. 30, co. 4, d.lgs. n. 50 del 2016, l'applicazione della clausola non è stata del tutto all'altezza del suo obiettivo.

Anche in questa materia, gli orientamenti giurisprudenziali più attenti alla libertà di impresa hanno finito per determinare il fallimento della disciplina originariamente disposta dal vecchio Codice per arginare le corse al ribasso dei salari. E infatti, nelle catene più lunghe, l'art. 105, in materia di subappalti, non riusciva ad impedire all'appaltatore principale di spezzettare il servizio «affidandolo a subappaltatori che applica[va]no un CCNL diverso, pur se sempre coerente con l'oggetto dell'appalto, risparmiando nelle retribuzioni»<sup>191</sup>.

In altre parole, il vecchio Codice non impediva agli operatori economici di perseguire il risparmio tramite il frazionamento del servizio e l'applicazione di diversi contratti collettivi (comunque coerenti con l'oggetto dell'attività subappaltata), a detrimento delle condizioni di lavoro e con pieno sacrificio della parità di trattamento fra lavoratori impiegati nella medesima catena<sup>192</sup>.

A tale evidente deriva patologica è stato, in parte, posto un freno già dalla riforma realizzata dal decreto legge 31 maggio 2021, n. 77, cosiddetto «Decreto Semplificazioni», convertito con modificazioni dalla legge 29 luglio 2021, n. 108.

Il decreto del 2021 ha, in modo opinabile, eliminato i limiti quantitativi per il ricorso al subappalto, sulla scorta della necessità di dare immediato riscontro alle richieste dell'Unione Europea<sup>193</sup> e di attuare gli obiettivi imposti dal PNRR.

---

<sup>190</sup> Sui limiti al subappalto come parte dell'anima «*antidumping*» della disciplina italiana, v. M. FORLIVESI, *La tutela sociale negli appalti pubblici*, cit., p. 627.

<sup>191</sup> CGSSE, *Appalti e conflitto collettivo: tendenze e prospettive*, maggio 2021, in *cgsse.it*, p. 14.

<sup>192</sup> O. RAZZOLINI, *Salario minimo*, cit., p. 11.

<sup>193</sup> Su alcune delle criticità della riforma rispetto alle richieste europee, si rinvia a C. GARILLI, *La recente riforma della disciplina italiana del subappalto nella prospettiva del bid rigging*, in *Giust. civ.*, 2022, pp. 869 ss.

Pur contribuendo alla tutela dei lavoratori, i limiti alla possibilità del subappalto imposti dall'art. 105, co. 5 e 6, d.lgs. n. 50 del 2016, erano stati oggetto di aspra censura da parte delle istituzioni europee<sup>194</sup>, che li avevano ritenuti non conformi ai principi di parità di trattamento, di trasparenza e di proporzionalità, su cui invece si fonda la normativa europea in materia di appalto pubblico<sup>195</sup>.

Per altro verso, a tale intervento è corrisposta una importante novità, intesa a recuperare quella funzione di prevenzione del *dumping* della quale sarebbe risultata altrimenti svuotata la disciplina. Ciò è avvenuto proprio sul piano della determinazione del trattamento da corrispondere ai lavoratori per tutto il periodo di impiego nell'esecuzione del subappalto<sup>196</sup>. Il Decreto Semplificazioni ha, infatti, riformato l'art. 105, co. 14, d.lgs. n. 50 del 2016, imponendo al subappaltatore l'obbligo, per le prestazioni affidate in subappalto, di «garantire gli stessi standard qualitativi e prestazionali previsti nel contratto di appalto e riconoscere ai lavoratori un trattamento economico e normativo non inferiore a quello che avrebbe garantito il contraente principale, inclusa l'applicazione dei medesimi contratti collettivi nazionali di lavoro, qualora le attività oggetto di subappalto coincidano con quelle caratterizzanti l'oggetto dell'appalto ovvero riguardino le lavorazioni relative alle categorie prevalenti e siano incluse nell'oggetto sociale del contraente principale».

---

<sup>194</sup> Cfr. procedura di infrazione n. 2018/2273 e C. Giust., 26 settembre 2019, C-63/18, *Vitali Spa c. Autostrade per l'Italia Spa* e C. Giust., 27 novembre 2019, C-402/18, *Tedeschi Srl c. C.M. Service Srl*, entrambe in *Giur. it.*, 2020, pp. 157 ss., con nota di A. GIUSTI, *Il subappalto nei contratti pubblici fra certezze europee e incertezze nazionali*. Entrambe le questioni sono state poste dalla giurisprudenza amministrativa, nonostante il Consiglio di Stato avesse, in un primo momento, con i pareri nn. 855/2016 e 782/2017, ritenuto che i limiti al subappalto fossero giustificati in ragione delle sottese esigenze di ordine pubblico e trasparenza.

<sup>195</sup> Con riguardo alla vicenda v. M. FORLIVESI, *La tutela sociale negli appalti pubblici*, cit., pp. 630 ss.; 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, T. SCHULTEN (a cura di), *Social clauses in the implementation of the 2014 public procurement directives*, ETUC, Brussels, 2021, p. 53.

<sup>196</sup> In tal senso, v. nota n. 1507 del 6 ottobre 2021 dell'Ispettorato Nazionale del Lavoro.

Si introduceva, in questi termini, l'obbligo del subappaltatore di applicare trattamenti economici e normativi non inferiori rispetto a quelli che avrebbe applicato l'appaltatore-subappaltante al proprio personale dipendente, in ragione del contratto nazionale dal medesimo applicato<sup>197</sup>.

Si trattava della declinazione di un vero e proprio principio di «parità di trattamento» nell'ambito delle catene di appalti pubblici<sup>198</sup>.

Come introdotto nel 2021, il principio non veniva però applicato a tutte le ipotesi di subappalto. La riforma aveva vincolato l'operatività della regola di parità di trattamento alle sole ipotesi in cui le attività subappaltate avessero presentato alcune peculiari caratteristiche, previste dalla stessa disposizione: e, cioè, nell'ipotesi in cui «le attività oggetto di subappalto coincidano con quelle caratterizzanti l'oggetto dell'appalto ovvero riguardino le lavorazioni relative alle categorie prevalenti e siano incluse nell'oggetto sociale del contraente principale»<sup>199</sup>.

Come chiarito anche dall'Ispettorato Nazionale del Lavoro, solo qualora fossero ricorse tali condizioni previste dalla legge, l'art. 105, co. 4, avrebbe gravato il subappaltatore dell'«obbligo di riconoscere ai lavoratori un trattamento economico e normativo non inferiore a quello che avrebbe garantito il contraente principale' in relazione alle medesime attività lavorative»<sup>200</sup>.

### 11. *La parità di trattamento nel Codice del 2023*

Un'ulteriore riforma del sistema di tutele dei lavoratori impiegati in subappalto è stata realizzata con l'entrata in vigore del Codice del 2023.

Questo, almeno in una prima fase, ha ulteriormente esteso il principio di parità di trattamento, introdotto nel 2021.

---

<sup>197</sup> A. BOSCATI, *Appalti pubblici*, cit., p. 153.

<sup>198</sup> G.A. RECCHIA, *Public procurement*, cit., p. 55; A. BELLAVISTA, *Appalti e tutela*, cit., pp. 5 ss.

<sup>199</sup> In tal senso, v. A. BOSCATI, *Appalti pubblici*, cit., p. 153; D. GAROFALO, *Appalti pubblici, minimo costituzionale*, cit., p. 5.

<sup>200</sup> Si v. la nota n. 1507 del 6 ottobre 2021 dell'Ispettorato Nazionale del Lavoro.

Anche in questo caso, il rafforzamento della tutela del trattamento economico e normativo è stato proposto come “contraltare” della riduzione della protezione in passato assicurata attraverso l'imposizione dei vincoli quantitativi al subappalto.

Infatti, oggi, l'art. 119, co. 2, d.lgs. n. 36 del 2023 lascia alla stazione appaltante la possibilità di definire dei limiti ed eventualmente indicare quali attività debbano essere necessariamente eseguite dall'appaltatore<sup>201</sup>, mentre è stato definitivamente liberalizzato il ricorso al cosiddetto “subappalto a cascata”, in passato vietato dall'art. 105, co. 19, d.lgs. n. 50 del 2016.

Anche in questo caso, l'obiettivo perseguito dal nuovo Codice è stato quello di dare seguito alle richieste provenienti dall'Unione Europea<sup>202</sup>, che insieme ai limiti quantitativi previsti dal precedente Codice aveva censurato, attraverso una procedura di infrazione, anche il divieto assoluto previsto dalla normativa italiana di “subappalto del subappalto”<sup>203</sup>.

L'effetto è stato quello di rimettere alla sensibilità e alle competenze della p.a. la scelta sul se e come imporre dei limiti alla subcontrattazione<sup>204</sup>. Al di fuori di tali limiti, meramente eventuali, l'appaltatore rimane invece libero di fare ricorso al subappalto, potenzialmente senza limiti quantitativi. Lo stesso

---

<sup>201</sup> Sul punto, sono state disattese le indicazioni della Commissione di Garanzia dell'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali, la quale aveva, al contrario, auspicato forme di riduzione del ricorso al subappalto e, in particolare, dello spezzettamento del medesimo servizio; così in CGSSE, *Appalti e conflitto collettivo*, cit., pp. 15 ss.

<sup>202</sup> La volontà di adeguarsi agli standard europei è, peraltro, espressa nell'art. 1 della legge delega 21 giugno 2022, n. 78, quale principio ispiratore dell'intera riforma in questione.

<sup>203</sup> Si allude alla procedura di infrazione n. 2018/2273, cit. Cfr. V. BONTEMPI, *L'esecuzione del contratto*, in *Giorn. dir. amm.*, 2023, p. 342.

<sup>204</sup> In una fattispecie a cui era applicabile il Codice del 2016, è stato affermato dalla giurisprudenza amministrativa che «il nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 36 del 2023), pur non prevedendo limiti generali al subappalto, lascia le stazioni appaltanti libere di disciplinarne il ricorso in senso restrittivo, attraverso l'indicazione nei documenti di gara delle prestazioni “da eseguire a cura dell'aggiudicatario in ragione delle specifiche caratteristiche dell'appalto”»; TAR Friuli-Venezia Giulia Trieste, sez. I, 27 maggio 2023, n. 187, in *onelegale.wolterskluwer.it*. In dottrina, sui limiti al subappalto nell'attuale Codice, v. M. FRONTONI, *Limiti al subappalto, una questione ancora attuale*, in *Riv. trim. appalti*, 2024, pp. 729 ss.

può a sua volta fare il subappaltatore, innescando una catena potenzialmente in grado di ampliarsi all'infinito.

Rispondendo dunque alla necessità di evitare che si realizzasse un sistema a cascata, caratterizzato da una competizione selvaggia tra contratti collettivi<sup>205</sup>, che difficilmente le clausole di equo trattamento, da sole, avrebbero potuto contenere<sup>206</sup>, il nuovo Codice ha dunque optato per un ulteriore rafforzamento del principio di parità di trattamento rispetto a quanto previsto nel 2021.

E infatti, la formulazione del principio, adottata dal testo originario dell'art. 119, co. 12, del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, aveva superato il limite applicativo della regola di parità di trattamento che pareva imposto dalla prima versione del Codice. La disposizione prevedeva, infatti, che «il subappaltatore, per le prestazioni affidate in subappalto, deve garantire gli stessi standard qualitativi e prestazionali previsti nel contratto di appalto e riconoscere ai lavoratori un trattamento economico e normativo non inferiore a quello che avrebbe garantito il contraente principale». Il nuovo Codice imponeva, dunque, l'obbligo al subappaltatore di applicare trattamenti economici e normativi non inferiori rispetto a quelli che avrebbe applicato l'appaltatore-subappaltante al proprio personale dipendente, in ragione del contratto nazionale dal medesimo applicato, a prescindere dall'oggetto del subappalto.

Si rendeva, così, la parità di trattamento regola generale, applicabile a prescindere dalla coincidenza delle attività in subappalto con quelle caratterizzanti l'appalto principale.

Un ulteriore rafforzamento delle garanzie veniva poi previsto allorché le attività in subappalto fossero coincise con quelle dell'appalto principale (vale a dire laddove si fossero realizzate le condizioni a cui, in passato, veniva vincolata l'operatività della parità di trattamento).

---

<sup>205</sup> Cfr. L. CORAZZA, *Crisi della contrattazione e retribuzione sufficiente*, in *Dir. rel. ind.*, 2021, p. 1094.

<sup>206</sup> Rinviene nella parità di trattamento come disciplinata nel 2023 un ulteriore contemperamento della contestuale liberalizzazione, E. CARUSO, *Contratti pubblici e applicazione dei contratti collettivi: le nuove frontiere del principio di equo trattamento*, in R. URSI (a cura di), *Studi sui principi generali del Codice dei contratti pubblici*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2024, p. 305.

In questo caso, l'art. 119, co. 12, secondo periodo, del d.lgs. n. 36 del 2023, sempre nella sua formulazione originaria, imponeva al subappaltatore di «applicare i medesimi contratti collettivi nazionali di lavoro del contraente principale».

Quando fossero ricorse quelle peculiari caratteristiche che, in passato, avevano circoscritto l'ambito di applicazione della parità di trattamento, il subappaltatore sarebbe, dunque, stato gravato di un obbligo più intenso di quello di garantire un pari trattamento. Allorquando le attività in subappalto fossero coincise con quelle caratterizzanti l'oggetto dell'appalto principale, il subappaltatore avrebbe infatti dovuto applicare i medesimi contratti collettivi del contraente principale<sup>207</sup>.

Anche su tale assetto è, tuttavia, intervenuto il d.lgs. n. 209 del 2024.

Questo ha in parte cambiato la fisionomia della regola di parità di trattamento inizialmente delineata dal Codice del 2023.

Al riguardo, va sin da subito chiarito che, in maniera invariata rispetto al 2023, il primo periodo dell'art. 119, co. 12, prevede che per le prestazioni affidate in subappalto il subappaltatore deve garantire «un trattamento economico e normativo non inferiore a quello che avrebbe garantito il contraente principale».

Si tratta di una formula in cui tradizionalmente è stata individuata l'espressione della cosiddetta “parità di trattamento”<sup>208</sup>, che continua, dunque, ad essere una regola generale, il cui rispetto va garantito a prescindere dall'oggetto del subappalto.

Quanto di fatto pare venir meno nella nuova formulazione del co. 12 è invece l'obbligo di applicare lo stesso contratto collettivo nel caso in cui l'oggetto del subappalto coincida con quello dell'appalto principale. Obbligo che pareva invece ricavabile dal tenore letterale dell'art. 119, co. 12, secondo periodo, nella sua formulazione originaria.

Stante il nuovo testo del co. 12, secondo periodo, invece, anche quando «le attività oggetto di subappalto coincidano con quelle caratterizzanti l'oggetto dell'appalto oppure riguardino le

---

<sup>207</sup> Sul punto, concorda: G. RICCI, *A proposito di*, cit., p. 269, spec. nt. 170. In termini parzialmente differenti, v. E. CARUSO, *Contratti pubblici*, cit., p. 305.

<sup>208</sup> G. A. RECCHIA, *Public procurement*, cit., p., 55; A. BELLAVISTA, *Appalti e tutela*, cit., pp. 88 ss.

prestazioni relative alla categoria prevalente», il subappaltatore ben potrebbe decidere di non «applicare il medesimo contratto collettivo di lavoro del contraente principale», ma uno differente «purché garantisca ai dipendenti le stesse tutele economiche e normative di quello applicato dall'appaltatore»<sup>209</sup>.

La possibilità di applicare un diverso contratto collettivo, pur prevista oggi dalla disposizione, pare però più apparente che reale.

È, infatti, del tutto inverosimile che esistano due contratti collettivi contenenti le «stesse tutele economiche e normative».

Né pare che la parziale coincidenza tra l'attuale tenore letterale dell'art. 119, co. 12, e dell'art. 11, co. 3, renda ammissibile l'applicazione di contratti collettivi meramente equivalenti anche in caso di subappalto. Ciò in quanto, al contrario dell'art. 11, l'attuale testo dell'art. 119, co. 12, non rinvia in alcun modo al concetto di «equivalenza» né ai criteri oggi dettati dall'All. I.01.

Va poi ricordato che la stessa amministrazione continua ad essere gravata di una posizione di garanzia con riguardo alla parità di trattamento dei lavoratori impiegati in subappalto, secondo quanto tutt'ora previsto dall'art. 11, co. 5, del Codice<sup>210</sup>.

Ciò rende ragionevole attendersi una certa cautela da parte dei RUP, chiamati ad autorizzare i subappalti<sup>211</sup>, nell'ammettere l'applicazione di contratti diversi rispetto a quelli già individuati per il contraente principale. Circostanza, questa, che ben potrebbe fare da argine alla scelta di contratti collettivi diversi da parte dei subappaltatori.

Giova, poi, ricordare che un dovere di vigilanza con riguardo al rispetto della parità di trattamento vige anche sul contraente principale. E infatti, l'art. 102 del d.lgs. n. 36 del 2023 richiede all'appaltatore di impegnarsi a garantire l'applicazione del con-

---

<sup>209</sup> Art. 119, co. 12, secondo periodo, del d.lgs. n. 36 del 2023. Il terzo periodo del co. 12 prevede ulteriormente che nei casi di prestazioni scorporabili «il subappaltatore, per le prestazioni affidate in subappalto, è tenuto ad applicare il contratto collettivo di lavoro individuato ai sensi del medesimo articolo 11, comma 2-bis, ovvero un differente contratto collettivo, purché garantisca ai dipendenti le stesse tutele economiche e normative del contratto individuato ai sensi del predetto comma 2-bis».

<sup>210</sup> V. *infra* par. 15.

<sup>211</sup> Art. 119, co. 4, del d.lgs. n. 36 del 2023.

tratto collettivo, come individuato ai sensi dell'art. 11, nonché «le stesse tutele economiche e normative per i lavoratori in subappalto rispetto ai dipendenti dell'appaltatore»<sup>212</sup>. Lo stesso art. 119, co. 7, prevede ulteriormente che l'affidatario è «responsabile in solido dell'osservanza delle norme anzidette da parte dei subappaltatori nei confronti dei loro dipendenti per le prestazioni rese nell'ambito del subappalto nel rispetto di quanto previsto dal comma 12».

Anche nella sua nuova formulazione, la parità di trattamento viene così realizzata attraverso una complessiva responsabilizzazione di tutti i soggetti operanti nella catena.

Tale circostanza sembra, in qualche modo, smorzare i timori che potrebbero essere ingenerati dalla nuova (e infelice) formulazione dell'art. 119, co. 12, secondo periodo.

## 12. *La responsabilità solidale tra affidatario e subappaltatore*

A completare il quadro delle forme di tutela riconosciute ai lavoratori impiegati in subappalto dall'attuale Codice dei contratti pubblici, l'art. 119, co. 6, del d.lgs. n. 36 del 2023 prevede che «l'aggiudicatario è responsabile in solido con il subappaltatore per gli obblighi retributivi e contributivi, ai sensi dell'articolo 29 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276».

Tale disposizione prevede, a sua volta, che «in caso di appalto di opere o di servizi, il committente imprenditore o datore di lavoro è obbligato in solido con l'appaltatore, nonché con ciascuno degli eventuali subappaltatori entro il limite di due anni dalla cessazione dell'appalto, a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi, comprese le quote di trattamento di fine rapporto, nonché i contributi previdenziali e i premi assicurativi dovuti in relazione al periodo di esecuzione del contratto di appalto, restando escluso qualsiasi obbligo per le sanzioni civili di

---

<sup>212</sup> M. GIACONI, *Il nuovo codice*, cit., p. 60. Si segnala che invece dopo le modifiche fatte dall'art. 21 del d.lgs. n. 209 del 2024 non è più previsto l'obbligo di inserire clausole sociali nei bandi di gara destinate a «garantire le stesse tutele economiche e normative per i lavoratori in subappalto rispetto ai dipendenti dell'appaltatore», prima dettato dall'art. 57.

cui risponde solo il responsabile dell'inadempimento» (co. 2). Si tratta della disposizione “cardine” di tutela dei lavoratori nel settore degli appalti privati<sup>213</sup>, che fonda una responsabilità (oggettiva<sup>214</sup>) del soggetto committente (o sub-committente<sup>215</sup>) rispetto ai crediti contributivi e retributivi vantati dai lavoratori impiegati nell'appalto<sup>216</sup>, operante a prescindere dall'eventuale debito del committente nei confronti dell'appaltatore.

---

<sup>213</sup> A dire il vero, oggi può rinvenirsi in questa una tecnica di tutela generale a fronte di tutte quelle fattispecie contrattuali caratterizzate da una dissociazione tra datore di lavoro e utilizzatore della forza lavoro, secondo un'opzione interpretativa adottata anche dalla Consulta; cfr. Corte Cost., 6 dicembre 2017, n. 254, in *Riv. it. dir. lav.*, 2018, II, pp. 237 ss., con nota di I. ALVINO, *Appalto, subfornitura, lavoro indiretto: la Corte Costituzionale amplia l'ambito di applicazione della responsabilità solidale*. Al riguardo, si è parlato della responsabilità come “archetipo” delle tecniche di tutela; così A. RICCOBONO, *Logistica e diritti dei lavoratori nelle catene del valore: prospettiva qualificatoria e recenti novità legislative*, in *Var. temi dir. lav.*, 2024, p. 462.

<sup>214</sup> Si tratta di una forma di responsabilità che prescinde dalla condotta colposa del committente e che non prevede meccanismi di esonero; così, M. NICOLOSI, *Il lavoro esternalizzato*, cit., p. 190, S. BORELLI, D. IZZI, *L'impresa tra strategie di due diligence e responsabilità*, in *Riv. giur. lav.*, 2021, I, p. 565.

<sup>215</sup> Dal lato passivo la solidarietà copra l'intera catena di appalto, trattandosi di un rimedio esperibile anche da parte dei lavoratori impiegati in subappalto nei confronti tanto del committente che dell'appaltatore e di tutti i subappaltatori della catena; in tal senso, v. M. T. CARINCI, *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro: somministrazione e distacco, appalto e subappalto, trasferimento d'azienda e di ramo*, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 117-119.

<sup>216</sup> Sulla disposizione, nelle sue molteplici versioni, si v., fra gli altri, F. SCARPELLI, *Art. 29 – Appalto*, cit., pp. 409 ss.; L. IMBERTI, *Il trattamento economico e normativo*, in M. T. CARINCI, C. CESTER, M. G. MATTAROLO, F. SCARPELLI (a cura di), *Tutela e sicurezza del lavoro negli appalti privati e pubblici. Inquadramento giuridico ed effettività*, Utet giuridica, Torino, 2011, pp. 63 ss.; P. TOSI, *Appalto di opere o di servizi” e solidarietà dopo la l. n. 92/2012*, in *Lav. giur.*, 2012, pp. 977 ss.; M. NICOLOSI, *Il lavoro esternalizzato*, cit., pp. 189 ss.; V. FERRANTE, M. BRICCHI, *Solidarietà e responsabilità del committente nella disciplina dell'appalto alla luce della più recente giurisprudenza*, in *Riv. giur. lav.*, 2012, II, pp. 475 ss.; D. IZZI, *Appalti e responsabilità solidale*, in M. AIMO, D. IZZI (a cura di), *Esternalizzazioni e tutela*, cit., pp. 52 ss.; D. GAROFALO, *La responsabilità solidale*, in ID (a cura di), *Appalti e lavoro*, Vol. II, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 119 ss.; E. VILLA, *La responsabilità solidale come tecnica di tutela del lavoratore*, Bononia University Press, Bologna, 2017; L. FERLUGA, *La tutela dei lavoratori e il regime della responsabilità solidale nel contratto di appalto alla luce delle recenti (e forse ultime) modifiche*, in *Var. temi dir. lav.*, 2018, pp. 407 ss.

L'art. 119, co. 6, del d.lgs. n. 36 del 2023 chiarisce l'applicabilità di tale regola privatistica di solidarietà nei rapporti tra appaltatore e subappaltatore, riprendendo quanto già previsto dall'art. 105, co. 8, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

A dire il vero, l'estensione del regime solidaristico, previsto dall'art. 29, co. 2, del d.lgs. n. 276 del 2003, avrebbe potuto facilmente ricavarsi in via interpretativa, tenuto conto della natura privata di entrambi i soggetti del rapporto in questione.

Più che nei termini di un chiarimento, il rinvio al regime di solidarietà dettato in materia di rapporti privati, introdotto dal Codice del 2016 e, oggi, recepito dal Codice del 2023, sembra riferibile alla volontà legislativa di introdurre un regime di solidarietà più rigido rispetto a quello originariamente previsto dal primo Codice dei contratti pubblici.

E infatti, già l'art. 118, co. 6, d.lgs. n. 163 del 2006 imponeva una forma di responsabilità solidale tra affidatario e subappaltatore. Qui si prevedeva infatti che l'affidatario fosse «tenuto ad osservare integralmente il trattamento economico e normativo stabilito dai contratti collettivi nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni» e fosse altresì «responsabile in solido dell'osservanza delle norme anzidette da parte dei subappaltatori nei confronti dei loro dipendenti per le prestazioni rese nell'ambito del subappalto».

Quella prevista dal Codice del 2006 era dunque una forma di solidarietà priva dei vincoli temporali e contenutistici della disciplina privatistica<sup>217</sup>.

A tale formulazione, il Codice del 2016<sup>218</sup> ha preferito una forma di responsabilità tra affidatario ed appaltatore, secondo il regime di cui all'art. 29, co. 2, del d.lgs. n. 276 del 2003<sup>219</sup>.

---

<sup>217</sup> In tal senso, V. PIERONI, *Obblighi contributivi e retributivi, responsabilità solidale tra appaltatore e subappaltatore: l'intervento sostitutivo della stazione appaltante*, in *Appalti e Contratti*, 2014, n. 4, p. 20.

<sup>218</sup> Art. 105, co. 8, del d.lgs. n. 50 del 2016.

<sup>219</sup> Nella sua versione attuale, l'art. 29, co. 2, prevede che: «in caso di appalto di opere o di servizi, il committente imprenditore o datore di lavoro è obbligato in solido con l'appaltatore, nonché con ciascuno degli eventuali subappaltatori entro il limite di due anni dalla cessazione dell'appalto, a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi, comprese le quote di trattamento di fine rapporto, nonché i contributi previdenziali e i premi assicurativi dovuti in relazione

Lo stesso rinvio è, come si è visto, operato oggi dall'art. 119, co. 6, del Codice del 2023.

Nonostante l'identica formulazione di tale disposizione e dell'art. 105, co. 8, del d.lgs. n. 50 del 2016, la responsabilità solidale prevista dal nuovo Codice deve comunque ritenersi connotata da una maggiore ampiezza. Deve infatti ritenersi che l'affidatario possa essere chiamato a rispondere anche degli eventuali crediti derivanti dal mancato rispetto della regola di parità di trattamento, come si è visto oggi imposta dall'art. 119.

La solidarietà declinata dal Codice è soggetta, tuttavia, a delle deroghe. Si tratta, anche in questo caso, di un retaggio del precedente Codice, di scarsa attenzione da parte della letteratura in materia, ma cionondimeno critico.

In particolare, l'art. 119, co. 6, del d.lgs. n. 36 del 2023 prevede che l'appaltatore sia liberato dalla responsabilità solidale per i crediti retributivi e contributivi del lavoratore impiegato in subappalto nei casi di cui all'art. 119, co. 11, lett. a) e c). Si tratta delle ipotesi in cui la stazione appaltante corrisponde direttamente al subappaltatore l'importo dovuto per le prestazioni dallo stesso eseguite, in quanto la stessa sia una microimpresa o piccola impresa (lett. a) o su richiesta del subcontraente, laddove la natura del contratto lo consenta (lett. c).

Si tratta di eccezioni tutt'altro che insignificanti che, ad una prima lettura, sembrerebbero trovare la propria *ratio* nel fatto che, nelle suddette ipotesi, la stazione appaltante eroga direttamente al subcontraente quanto dovuto. L'appaltatore resterebbe, invece, al di fuori del rapporto.

Eppure, se così fosse, ragioni di coerenza avrebbero dovuto spingere ad escludere anche la responsabilità solidale prevista dal primo periodo dell'art. 119, co. 6, secondo cui «il contraente principale e il subappaltatore sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante per le prestazioni oggetto del contratto di subappalto»<sup>220</sup>. La deroga, al contrario, riguarda

---

al periodo di esecuzione del contratto di appalto, restando escluso qualsiasi obbligo per le sanzioni civili di cui risponde solo il responsabile dell'inadempimento».

<sup>220</sup> Questa peculiare forma di responsabilità è stata introdotta nel precedente Codice dal cosiddetto Decreto Semplificazioni, il d.l. n. 77 del 2021. Prima di allora l'art. 105, co. 8, del d.lgs. n. 50 del 2016 prevedeva invece la

solo il secondo periodo, relativo all'estensione della responsabilità solidale per gli obblighi retributivi e contributivi.

È evidente che si tratta di eccezioni alla regola introdotte a mero svantaggio del lavoratore e a pieno vantaggio dell'appaltatore. È il primo, infatti, che finisce per sopportare in questi casi i costi dell'inadempimento del subappaltatore.

Se è vero che si tratta di eccezioni alla regola che il d.lgs. n. 36 del 2023 ha ereditato dal precedente d.lgs. n. 50 del 2016, esse risultano indubbiamente ancor più critiche nell'ambito di un Codice che ha definitivamente liberalizzato il ricorso al subappalto.

Le deroghe alla responsabilità solidale, previste dall'art. 119, rischiano così di creare delle crepe nell'impianto di tutele "rafforzato" predisposto per i lavoratori impiegati in subappalto. Queste consentono all'appaltatore – subcommittente di liberarsi facilmente dal vincolo di solidarietà, così limitandone anche l'interesse a scegliere imprese solide sul mercato<sup>221</sup>.

Peraltro, è la stessa disposizione che esplicitamente si riferisce ad imprese in genere non sempre solide e solvibili, essendo la deroga rivolta alle piccole e medie imprese. Allo stesso tempo, all'appaltatore, esonerato dalla responsabilità, viene invece garantita piena libertà di moltiplicare all'infinito l'elenco dei propri partner commerciali.

Sembrano così aprirsi vuoti pericolosi rispetto all'effettiva garanzia dei diritti dei lavoratori, finendo per condizionare il soddisfacimento dei loro crediti retributivi alla solvibilità di piccole e microimprese. Eppure, proprio nell'ambito di un Codice che ha definitivamente liberalizzato il ricorso al subappalto, sarebbe stato ragionevole auspicare la piena operatività della re-

---

responsabilità esclusiva del contraente principale nei confronti della stazione appaltante.

<sup>221</sup> Alla responsabilità solidale, prevista dal d.lgs. 276 del 2003, è comunemente attribuita una funzione preventiva, quale incentivo indiretto al buon andamento della concorrenza. E infatti, il pieno funzionamento della responsabilità solidale, oltre alla sua funzione più diretta di tutela della posizione patrimoniale dei lavoratori, dovrebbe altresì garantire anche una migliore selezione degli appaltatori, incentivando una concorrenza più virtuosa. Cfr. S. BORELLI, G. ORLANDINI, *Lo sfruttamento dei lavoratori nelle catene di appalto*, in *Giorn. dir. rel. ind.*, 2022, p. 115; *amplius* L. CORAZZA, "Contractual integration", cit., pp. 252 ss.

sponsabilità solidale per i crediti retributivi e contributivi dei lavoratori<sup>222</sup>.

Si tratta di un timore che sembra peraltro ancor più accentuato ora che il recente intervento di “correzione” del Codice ha disposto una riserva di subappalto in favore delle piccole e medie imprese che finisce indirettamente per ampliare l’ambito di operatività della deroga alla solidarietà, di cui all’art. 119, co. 11, lett. a)<sup>223</sup>.

### *13. Le altre forme di responsabilità solidale nel settore pubblico*

Se la disciplina dei contratti pubblici prevede espressamente, pur con delle deroghe, l’applicabilità dell’art. 29, co. 2, del d.lgs. n. 276 del 2003 nei rapporti tra affidatario e subappaltatore, più controversa è l’applicabilità della regola di solidarietà nei rapporti tra la stazione appaltante e l’appaltatore.

Al riguardo, da una parte, è sempre stato ritenuto ammissibile esperire l’azione disciplinata dall’art. 1676 c.c.<sup>224</sup>. Si tratta di una disposizione che consente ai dipendenti dell’appaltatore

---

<sup>222</sup> Così, G. RICCI, *A proposito di*, cit., p. 619.

<sup>223</sup> L’art. 41, co. 1, del d.lgs. n. 209 del 2024, ha introdotto un ulteriore periodo all’art. 119, co. 2, del d.lgs. n. 36 del 2023 per cui i contratti di subappalto devono essere stipulati in misura non inferiore al venti per cento con piccole e medie imprese, salvo la possibilità degli operatori economici di «indicare nella propria offerta una diversa soglia di affidamento delle prestazioni che si intende subappaltare alle piccole e medie imprese per ragioni legate all’oggetto o alle caratteristiche delle prestazioni o al mercato di riferimento».

<sup>224</sup> L’art. 1676 c.c. prevede che «coloro che, alle dipendenze dell’appaltatore, hanno dato la loro attività per eseguire l’opera o per prestare il servizio possono proporre azione diretta contro il committente per conseguire quanto è loro dovuto, fino alla concorrenza del debito che il committente ha verso l’appaltatore nel tempo in cui essi propongono la domanda». Sull’applicabilità dell’art. 1676 c.c. alle opere pubbliche, *ex multis* v. Cass. civ., sez. I, 10 luglio 1984 n. 4051, in *Giust. civ.*, 1985, I, pp. 1744 ss., con nota di V. CAPPUCCILLI, *Azione diretta degli ausiliari dell’appaltatore, pubblica amministrazione, fallimento*; Cass. civ., sez. lav., 10 marzo 2001, n. 3559, in *Giur. it.*, 2001, pp. 302 ss.; Cass. civ., sez. lav., 9 agosto 2003, n. 12048, in *onelegale.wolterskluwer.it*. In dottrina, v. S. VARVA, *Tutela del lavoratore mediante la moltiplicazione dei centri di imputazione delle responsabilità. Il caso degli appalti pubblici*, in *Lav. giur.*, *Gli Speciali*, 2011, II, pp. 47 ss.

che «hanno dato la loro attività per eseguire l'opera o per prestare il servizio» la possibilità di proporre un'azione diretta contro il committente per conseguire quanto è loro dovuto, fino alla concorrenza del debito che il committente ha verso l'appaltatore nel tempo in cui essi propongono la domanda».

Si tratta di un'azione diretta che può, dunque, esercitarsi solo nel limite di quanto ancora dovuto dal committente e, cioè, del credito dell'appaltatore<sup>225</sup>, «con onere della prova a carico del lavoratore che chiede il pagamento»<sup>226</sup>.

I Codici dei Contratti Pubblici che si sono succeduti hanno sempre previsto un rinvio generale al Codice Civile<sup>227</sup>, per quanto non esplicitamente previsto all'interno dei codici stessi.

Si ammette così tutt'oggi<sup>228</sup> l'applicabilità dell'azione diretta nel settore pubblico, anche nei rapporti tra la stazione appaltante e l'appaltatore.

---

<sup>225</sup> L'azione può inoltre essere esperita solo con riguardo ai crediti di natura retributiva, maturati durante l'esecuzione dell'appalto. D. GAROFALO, *La responsabilità solidale*, cit., p. 120. In giurisprudenza, v. Cass. civ., sez. lav., 19 novembre 2010, n. 23489, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, pp. 10265 ss., con nota di C. ROSSI CHAUVENET, *La legittimazione all'azione diretta a tutela dei crediti degli ausiliari dell'appaltatore*.

<sup>226</sup> Cass. civ., sez. II, 12 gennaio 2024, n. 1281, in *onegale.wolterskluwer.it*.

<sup>227</sup> Oggi, le disposizioni del Codice Civile trovano spazio nella disciplina degli appalti pubblici, in ragione del rinvio fatto dall'art. 12, lett. b), del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, che prevede che per quanto non espressamente previsto nel Codice «alla stipula del contratto e alla fase di esecuzione si applicano le disposizioni del codice civile».

<sup>228</sup> Peraltro, attraverso un'interpretazione costituzionalmente orientata la giurisprudenza ha esteso l'applicabilità della disposizione anche alle concessioni di servizi. La giurisprudenza ha richiamato quanto affermato in Corte cost., 19 giugno 1998, n. 226, cit., e in particolare il principio per cui «quando nell'esercizio di una determinata attività imprenditoriale intervenga la pubblica amministrazione (in quanto essa eroghi benefici di carattere finanziario o creditizio ovvero affidi ad altri il compimento dell'attività stessa), deve essere assicurato uno standard minimo di tutela ai dipendenti coinvolti». In tal senso, è stato affermato che «diventa ingiustificata l'esclusione dall'ambito di efficacia della norma a tutela dei lavoratori subordinati dei lavoratori dipendenti da imprese che esercitano un pubblico servizio sulla base di una concessione della pubblica amministrazione anziché di un appalto»; così, Cons. Stato, sez. III, 30 marzo 2016, n. 1251, in *giustizia-amministrativa.it*; più di recente Trib. Bari, sez. lav., 30 ottobre 2023, n. 2942, in *onegale.wolterskluwer.it*.

Più complessa è, invece, la questione relativa all'applicabilità della responsabilità solidale prevista dall'art. 29, co. 2, d.lgs. n. 276 del 2003 nell'ambito di tali rapporti.

Al contrario di quanto avviene con l'azione codicistica, il rimedio previsto dall'art. 29, co. 2, se applicato agli appalti pubblici renderebbe l'ammontare della spesa potenzialmente imprevedibile per la p.a.: una circostanza che, secondo alcune opinioni, sarebbe inammissibile alla luce dei principi che informano i contratti pubblici<sup>229</sup>.

A dire il vero, ciò non ha impedito alla prima giurisprudenza in materia di ritenere operante la detta forma di responsabilità anche nei rapporti intercorrenti fra stazione appaltante e appaltatore<sup>230</sup>, superando persino il dato letterale dell'art. 1, co. 2, del d.lgs. n. 276 del 2003, che avrebbe dovuto escludere *in toto* la pubblica amministrazione dall'applicazione della disciplina ivi prevista in materia di appalto<sup>231</sup>.

---

<sup>229</sup> L. FERLUGA, *La tutela dei lavoratori*, cit., p. 433. In giurisprudenza, v. Cass. civ., sez. lav., 7 luglio 2014, n. 15432, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, II, pp. 1066 ss., con nota di A. ROTA, *Garanzie dei crediti da lavoro negli appalti pubblici: quid novi dopo l'entrata in vigore della l. n. 99/2013?*; Cass. civ., sez. lav., 22 luglio 2019, n. 19673, in *onelegale.wolterskluwer.it*.

<sup>230</sup> In tal senso, v. Trib. Pavia 29 aprile 2006, in *D&L*, 2006, pp. 539 ss., con nota F. CAPURRO, *Garanzie relative ai trattamenti economici spettanti ai lavoratori impiegati in appalti conferiti alle pubbliche amministrazioni*; Trib. Milano, 18 novembre 2008, in *D&L*, 2009, p. 226; App. Milano, 7 novembre 2008, in *D&L*, 2009, n. 2, p. 495; Trib. Milano, 27 maggio 2009, in *D&L*, 2009, pp. 483 ss. con nota di F. CAPURRO, *Ancora sulla responsabilità solidale per i crediti dei lavoratori negli appalti conferiti dalla Pubblica Amministrazione*; Trib. Milano, 22 gennaio 2010, n. 317, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, II, pp. 888 ss., con nota di S. VARVA, *La responsabilità solidale del committente pubblico ex art. 29 d.lgs. n. 276/2003*; App. Torino, sez. lav., 8 marzo 2012, in *Giur. merito*, 2012, p. 1886, con nota di G. MIMMO, *Applicabilità alla p.a. committente del regime della solidarietà nell'appalto di cui all'art. 29 comma 2 d.lg. N. 276 del 2003*.

<sup>231</sup> Nel senso di ricavare nell'art. 1, co. 2, un limite alla possibilità di applicare il regime di cui all'art. 29, co. 2: P. CHIECO, *Lavoro e responsabilità solidale negli appalti: dalla legge Bersani alla Finanziaria 2007*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT - 52/2007, p. 10; L. IMBERTI, *Responsabilità solidali negli appalti e subappalti dopo il d.l. n. 97/2008: una disciplina in continuo movimento*, in *Lav. giur.*, 2008, p. 666; R. BORLÈ GIOPPI, *La responsabilità solidale nell'appalto*, in *LPO*, 2008, p. 1625, spec. nt. 9. Tale posizione è stata anche quella sostenuta dal Ministero del Lavoro, della Salute e delle Politiche Sociali, Interpello n. 35/2009 del 15 maggio 2009. Diversamente, altra parte della letteratura, ha ritenuto che dalla legge delega legge 14 febbraio 2003, n. 30 non potesse discendere una complessiva esclusione degli appalti pubblici

Tale indirizzo è stato, tuttavia, profondamente rimeditato dalla giurisprudenza successiva all'entrata in vigore dell'art. 9, co. 1, del decreto legge 28 giugno 2013, n. 76, convertito con modificazioni dalla legge 9 agosto 2013, n. 99<sup>232</sup>. La riforma ha infatti escluso che la regola di solidarietà potesse trovare applicazione in relazione ai contratti di appalto stipulati dalle pubbliche amministrazioni.

Ciò ha spinto anche l'interpretazione giurisprudenziale ad attestarsi su una posizione pressoché unanime<sup>233</sup> nell'escludere l'applicabilità dell'art. 29, co. 2, ai committenti pubblici<sup>234</sup>.

---

dal regime di cui all'art. 29 del d.lgs. n. 276 del 2003, dal momento che ciò avrebbe determinato un "eccesso di delega"; S. VARVA, *La responsabilità solidale del committente pubblico ex art. 29 d.lgs. N. 276/2003*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, II, pp. 893 ss.; S. VARVA, *La responsabilità solidale*, in M. T. CARINCI, C. CESTER, M. G. MATTAROLO, F. SCARPELLI (a cura di), *Tutela e sicurezza*, cit., pp. 387 ss.; V. FERRANTE, M. BRICCHI, *Solidarietà e responsabilità*, cit., pp. 480-481.

<sup>232</sup> Secondo la previsione: «le disposizioni di cui all'articolo 29, comma 2, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276 e successive modificazioni [...] non trovano applicazione in relazione ai contratti di appalto stipulati dalle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165. [...]».

<sup>233</sup> Parte della giurisprudenza ha, comunque, ritenuto che la disciplina sopravvenuta avesse natura innovativa e non interpretativa. Di conseguenza, secondo tale posizione, il regime dettato dal d.lgs. n. 276 del 2003 non avrebbe avuto applicazione solo per quelle fattispecie a cui *ratione temporis* fosse applicabile la disciplina sopravvenuta. In tal senso, App. Torino 13 aprile 2015, in *Riv. giur. lav.*, 2015, II, pp. 599 ss. con nota di E. J. DI CARLO *Ancora sulla responsabilità solidale negli appalti pubblici. Contra* Cass. civ., sez. lav., 7 luglio 2014, n. 15432, cit., secondo cui la normativa sopravvenuta poteva essere almeno usata a fini interpretativi; ancorché non abbia natura di norma di interpretazione autentica, la disposizione chiarirebbe infatti un principio già desumibile dal quadro precedente; nello stesso senso, v. Cass. civ., sez. lav., 10 ottobre 2016, n.20327, in *Urbanistica e appalti*, 2017, pp. 69-74, con nota di M. FORTE, *Inapplicabilità agli appalti pubblici della responsabilità solidale del committente ex D.Lgs. n. 276/2003*.

<sup>234</sup> La soluzione negativa è stata adottata dalla giurisprudenza sulla scorta della considerazione per cui «a garanzia dei crediti retributivi e contributivi dei lavoratori impegnati negli appalti- o nei subappalti - pubblici sono previsti specifici strumenti che, se attivati nei tempi e nei modi prescritti, consentono agli interessati di avere direttamente dall'amministrazione committente il pagamento delle retribuzioni dovute dal loro datore di lavoro anche in corso d'opera.». A ciò consegue la necessità di ricorrere agli appositi strumenti normativi previsti dalla disciplina speciale; così Cass. civ., sez. lav., 7 luglio 2014, n. 15432, cit. Nello stesso senso: Cass. civ., sez. lav., 10 ottobre 2016,

Una possibile operatività della disciplina privatistica è, invece, ammessa dalla giurisprudenza quando un appalto ricada nell'ambito di applicazione del Codice dei contratti pubblici perché la committente sia un ente a partecipazione pubblica, e non una pubblica amministrazione<sup>235</sup>.

L'esclusione della disciplina di cui all'art. 29, co. 2, dipende dunque dalla natura pubblica o privata della stazione appaltante (e non dell'appalto)<sup>236</sup>.

Si tratta di una conclusione non del tutto priva di contraddizioni. Tale indirizzo giurisprudenziale prende le mosse dal riconoscimento di un vuoto di tutela<sup>237</sup> nella disciplina dei contratti pubblici, dal momento che il Codice, pur prevedendo specifiche disposizioni a tutela dei lavoratori, «non cont[iene] una disciplina di legge autosufficiente, in sé esaustiva né *aliunde* integrabi-

---

n.20327, cit. In dottrina, sulla questione v. A. ZILLI, *La solidarietà negli appalti (e subappalti) delle pubbliche amministrazioni*, in D. GAROFALO (a cura di), *Appalti e lavoro*, Vol. I, cit., pp. 775 ss.

<sup>235</sup> Tale indirizzo è stato inaugurato nella giurisprudenza di legittimità da Cass. civ., Sez. lav., 24 maggio 2016, n. 10731, in *onelegale.wolterskluwer.it*, con riguardo ad un'ipotesi in cui stazione appaltante era Trenitalia s.p.a. Presupposto di tale interpretazione è che l'esclusione operata dall'art. 1, co. 2, del d.lgs. n. 276 del 2003 riguarda le sole pubbliche amministrazioni. Al contrario, in assenza di specifica disposizione, è stato ritenuto illegittimo escludere anche soggetti non rientranti nella nozione di pubblica amministrazione quali quelli privati a partecipazione pubblica. Cfr. R. RIVERSO, *Appalti, processo e azioni (l'art. 29 del d.lgs. n. 276/2003)*, in *Lav. giur.*, 2014, pp. 865-866.

<sup>236</sup> Trib. Milano, sez. lav., 1 marzo 2019, n. 268, in *onelegale.wolterskluwer.it*.

<sup>237</sup> Si v. Cass. civ., sez. lav., 3 gennaio 2020, n. 28, in *onelegale.wolterskluwer.it.*, ove si escludono espressamente l'esclusività e l'esautività della disciplina degli appalti pubblici. Più di recente, è stato affermato che «il d.lgs. n. 276 del 2003 regola la materia dell'occupazione e del mercato del lavoro, sul piano della tutela delle condizioni dei lavoratori, con riserva di una più forte protezione ad essi, titolari di un'azione diretta nei confronti (in via solidale con il proprio datore di lavoro) del committente per ottenere i trattamenti retributivi e i contributi previdenziali dovuti in dipendenza dell'appalto e non soltanto [...] le retribuzioni arretrate» come nel caso dell'intervento sostitutivo, di cui si dirà (v. *infra* par. 14), il quale opera «sul diverso piano della disciplina degli appalti pubblici, anche apprestando una tutela ai lavoratori, nei limiti detti, in corso d'opera, ma con più intensa concentrazione sull'esecuzione dell'appalto»; Cass. civ., sez. VI, 13 ottobre 2022, n. 30100, in *DeJure*.

le: al contrario, esso è compatibile con disposizioni ad esso esterne»<sup>238</sup>.

Viene però adottata una soluzione che colma tale vuoto solo allorquando l'ente committente sia un soggetto privato, nonostante le medesime istanze di tutela sembrino riconoscibili a prescindere dalla natura pubblica o privata della stazione appaltante.

Si è così assestato un regime che finisce per legittimare una forma di disparità di trattamento tra i lavoratori impiegati in appalti a cui si applica la medesima disciplina, condizionandone la tutela alla natura pubblica o privata della stazione appaltante<sup>239</sup>.

#### 14. *La tutela della retribuzione nel corso dell'esecuzione: l'intervento sostitutivo della stazione appaltante*

La mancata applicazione del regime di solidarietà delineato dall'art. 29, co. 2, d.lgs. n. 276 del 2003 non lascia i lavoratori del tutto privi di tutele nella fase di esecuzione della commessa.

Accanto all'esperibilità dell'azione diretta di cui all'art. 1676 c.c., la tutela della posizione retributiva e contributiva dei lavoratori impiegati in appalti pubblici è realizzata anche attraverso uno specifico meccanismo noto come «intervento sostitutivo»,

---

<sup>238</sup> Cass. civ., sez. VI, 13 ottobre 2022, n. 30100, cit. Nello stesso senso, v. Cass. civ., sez. lav., 27 novembre 2023, n. 32867, in *onelegale.wolterskluwer.it*.

<sup>239</sup> È stata comunque esclusa la violazione dell'art. 3 Cost. in considerazione dei due differenti ambiti a confronto. Infatti, per la giurisprudenza, «nell'appalto privato il committente non incontra alcun limite nella scelta del contraente, laddove nelle procedure di evidenza pubblica la tutela dei lavoratori è assicurata sin dal momento della scelta del contraente, poiché nella valutazione delle offerte "gli enti aggiudicatori sono tenuti a valutare che il valore economico sia adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro ed al costo relativo alla sicurezza." (d.lgs. n. 163 del 2006, art. 86) e ad effettuare controlli preventivi volti ad accertare non solo la solidità del concorrente, ma anche il rispetto da parte dello stesso della normativa in materia di sicurezza, degli obblighi derivanti dal rapporto di lavoro, degli adempimenti previdenziali ed assistenziali (d.lgs. n. 163 del 2006, art. 38)»; Cass. civ., sez. VI – lav., 3 maggio 2017, n. 10777, in *onelegale.wolterskluwer.it*. Nello stesso senso, da ultimo, v. Cass. civ., sez. lav., 27 novembre 2023, n. 32867, cit. In dottrina, per una simile posizione v. A. ZILLI, *La solidarietà negli appalti*, cit., spec. p. 780.

oggi regolato dall'art. 11, co. 6, del d.lgs. n. 36 del 2023 e, per il subappalto, dall'art. 119, co. 8<sup>240</sup>.

Si tratta di uno strumento attraverso cui la pubblica amministrazione procede al pagamento diretto delle retribuzioni e dei contributi, nel caso di ritardi ingiustificati dell'appaltatore.

Il meccanismo costituisce un *unicum* nel panorama giuridico italiano<sup>241</sup>, la cui peculiarità sta nel fatto che la stazione appaltante assume la veste non di soggetto passivo, suscettibile dell'azione del lavoratore, ma di soggetto attivo, dotato di «poteri destinati a garantire l'effettiva soddisfazione del diritto di credito del lavoratore»<sup>242</sup>.

Le origini dello strumento affondano già nella legge 20 marzo 1865, n. 2248, All. F, art. 357<sup>243</sup>, il quale predisponendo una «specie di garanzia fideiussoria prestata dallo stato in favore dei lavoratori», che anticipava anche la tutela che sarebbe stata poi

---

<sup>240</sup> L'art. 119, co. 8, d.lgs. n. 36 del 2023 prevede che «per i contratti relativi a lavori, servizi e forniture, in caso di ritardo nel pagamento delle retribuzioni dovute al personale dipendente o del subappaltatore o dei soggetti titolari di subappalti e cottimi, nonché in caso di inadempienza contributiva risultante dal documento unico di regolarità contributiva» si applicano le disposizioni previste in materia di intervento sostitutivo. A tal fine, l'art. 119, co. 8, faceva erroneamente riferimento all'art. 11, co. 5, mentre la disposizione deve evidentemente intendersi come un rinvio al co. 6; così, E. CARUSO, *Contratti pubblici*, cit., p. 306, spec. nota 59. L'antinomia è stata risolta dal decreto legislativo 31 dicembre 2024, n. 209, il cui art. 41 modifica la disciplina dell'art. 119 correggendo l'originaria svista del legislatore e introducendo un più corretto rinvio al co. 6.

<sup>241</sup>A. SITZIA, S. CAPONETTI, *La normativa italiana in materia di protezione dei salari*, Organizzazione internazionale del lavoro, Roma, 2023, p. 17.

<sup>242</sup>I. ALVINO, *Il lavoro nelle reti di imprese: profili giuridici*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 246. In termini simili, D. IZZI, *La responsabilità solidale a tutela del lavoro esternalizzato: qualche spunto dal diritto dell'Unione europea*, in *Lav. dir.*, 2016, p. 47.

<sup>243</sup>Tale disposizione attribuiva all'amministrazione, previa diffida per iscritto, il potere di «pagare direttamente la mercede giornaliera degli operai che risultasse essersi dall'impresario rifiutata senza giusto motivo, o non corrisposta nel termine consueto per i pagamenti di tali mercedi». Su tale disposizione, si v. D. NAPOLETANO, *Appalto di opere pubbliche e tutela dei diritti del lavoratore*, in *Riv. giur. lav.*, 1953, I, pp. 267 ss.

offerta dall'art. 1676 c.c.<sup>244</sup>, con la precisa finalità politica di prevenire l'insorgenza del conflitto collettivo<sup>245</sup>.

Al pari della clausola sociale prevista dall'art. 36 St. lav., l'intervento sostitutivo è dunque stato introdotto come uno strumento a garanzia della regolarità dell'appalto<sup>246</sup>.

Un simile meccanismo è stato poi previsto dall'art. 13 del d.P.R. 19 aprile 2000, n. 145<sup>247</sup>, con modalità che anticipavano in gran parte quelle che sarebbero poi state contenute nei successivi codici dei contratti pubblici<sup>248</sup>.

Sicché il d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, emanato in attuazione dell'art. 5, co. 5 (in particolare, lett. b, c, r) del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, non ha introdotto una tecnica di tutela inedita. Piuttosto, al decreto può riconoscersi il merito di aver esteso l'operatività dell'istituto anche all'ipotesi in cui l'inadempimento avesse riguardato i dipendenti del subappaltatore, introducendo agli artt. 4 e 5, rispettivamente relativi l'uno agli inadempimenti contributivi e l'altro a quelli retributivi, un procedimento ben più dettagliato, soprattutto per quanto riguarda gli inadempimenti di natura contributiva, peraltro, recepito dai successivi codici, in maniera tendenzialmente invariata<sup>249</sup>.

---

<sup>244</sup> E. GHERA, *Le c.d. clausole sociali*, cit., p. 134.

<sup>245</sup> F. CARNELUTTI, *Sul contratto di lavoro relativo ai pubblici servizi assunti da imprese private*, in *Riv. dir. comm.*, 1909, I, pp. 416 ss.; D. NAPOLETANO, *Appalto di opere*, cit., p. 267; E. GHERA, *Le c.d. clausole sociali*, cit., p. 134.

<sup>246</sup> In tal senso, M. SALVALAIO, *Appalti pubblici e profili lavoristici: l'intervento sostitutivo della stazione appaltante*, in *Dir. rel. ind.*, 2018, p. 338. In giurisprudenza, v. Cass. civ., sez. lav., 7 luglio 2014, n. 15432, cit.

<sup>247</sup> «Regolamento recante il capitolato generale d'appalto dei lavori pubblici, ai sensi dell'articolo 3, comma 5, della legge 11 febbraio 1994, n. 109, e successive modificazioni».

<sup>248</sup> Tale legge attribuiva alla stazione appaltante il potere di «pagare anche in corso d'opera direttamente ai lavoratori le retribuzioni arretrate detraendo il relativo importo dalle somme dovute all'appaltatore in esecuzione del contratto», allorquando l'appaltatore non avesse provveduto a disporre i pagamenti arretrati entro i quindici giorni successivi all'invito scritto o non avesse contestato formalmente e motivatamente la richiesta. Rispetto agli inadempimenti contributivi, l'art. 7, co. 3, del medesimo decreto prevedeva, invece, che l'amministrazione disponesse direttamente il pagamento di quanto dovuto, da far valere sulle somme trattenute sull'importo netto progressivo dei lavori, pari allo 0,50 per cento (co. 2).

<sup>249</sup> A. N. TOSCANO, *Intervento sostitutivo della stazione appaltante e ordine di soddisfazione dei creditori*, in *Urbanistica e appalti*, 2024, p. 172.

Nell'alveo del Codice del 2006, allo strumento è stato riconosciuto un carattere meramente discrezionale<sup>250</sup>. È stato il successivo Codice a prevedere la natura obbligatoria dell'intervento della stazione appaltante<sup>251</sup>.

Quanto, invece, pacificamente cambia è il rango della fonte che regola lo strumento, non più individuabile nella fonte regolamentare ma direttamente nel testo del Codice. La disciplina dell'intervento sostitutivo è stata infatti dapprima recepita dall'art. 30, co. 5, 5 *bis* e 6, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 ed è poi confluita nell'art. 11, co. 6, del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36 e cioè nell'ambito dei cosiddetti "principi" posti ad apertura del nuovo Codice.

Orbene, nonostante la nozione di principio mal si addica ad una disciplina ampiamente dettagliata come quella di cui si dirà, secondo la dottrina amministrativa proprio la scelta di regolare l'istituto nell'ambito dei principi farebbe trasparire una certa «attenzione del legislatore alla fase di esecuzione del contratto, nel corso della quale il trattamento dei lavoratori, garantito in astratto in sede di aggiudicazione, potrebbe subire detrimenti»<sup>252</sup>.

Questa attenzione per la fase dell'esecuzione pare, tuttavia, più apparente che reale: nel concreto operare della disciplina

---

<sup>250</sup> «Come reso evidente dal dato letterale, la stazione appaltante, nel sistema del codice degli appalti pubblici, ha solo la facoltà di intervenire, e se decide di farlo - cioè di pagare direttamente ai lavoratori - il pagamento ha effetto liberatorio nei rapporti con l'appaltatore. [...] tale iniziativa rientra in una scelta discrezionale del committente, in relazione alla quale il lavoratore non può vantare alcun diritto, e può al più sollecitare la stazione appaltante ad attivare il meccanismo di sostituzione»; Trib. Napoli, sez. lav., 27 settembre 2017, n. 6333, in *onegale.wolterskluwer.it*. In tal senso, in dottrina v. S. COSTANTINI, *Il subappalto nelle recenti direttive europee in materia di appalti pubblici e concessioni*, in M.T. CARINCI (a cura di), *Dall'impresa a rete alle reti d'impresa (scelte organizzative e diritto del lavoro)*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 385; D. IZZI, *La responsabilità solidale*, cit., p. 47.

<sup>251</sup> TAR Campania Napoli, sez. V, 14 ottobre 2020, n. 4527, in *onegale.wolterskluwer.it*. A dire il vero, però, non si tratta di una lettura pacifica. E infatti, secondo una diversa posizione, il Codice del 2016 avrebbe soltanto operato un chiarimento rispetto alla natura obbligatoria dell'intervento sostitutivo, già desumibile nell'alveo del precedente Codice; cfr. M. SALVALIAO, *Appalti pubblici*, cit., pp. 330-331.

<sup>252</sup> A. DE SIANO, *Tutela del lavoratore*, cit., p. 113. Nello stesso senso, v. E. CARUSO, *Contratti pubblici*, cit., p. 293.

cambia veramente poco rispetto al passato, dal momento che l'art. 11, co. 6, si è limitato a recepire una disciplina già esistente, senza particolari stravolgimenti.

Peraltro, l'istituto continua ad essere connotato dalla natura preminentemente pubblicistica degli interessi perseguiti, rispetto ai quali rimane ancora subordinato l'interesse dei lavoratori<sup>253</sup>.

Ciò è in particolare testimoniato dal fatto che tutt'oggi il soddisfacimento dei crediti del lavoratore, benché più rapido, è di fatto condizionato al permanere del debito della stazione appaltante nei confronti dell'appaltatore (o del subappaltatore), al pari di quanto avviene per l'esercizio dell'azione diretta ex art. 1676 c.c.

Quanto alla disciplina dell'istituto<sup>254</sup>, l'art. 11, co. 6, primo periodo, dell'attuale Codice prevede che «in caso di inadempienza contributiva risultante dal documento unico di regolarità contributiva relativo a personale dipendente dell'affidatario o del subappaltatore o dei soggetti titolari di subappalti e cottimi, impiegato nell'esecuzione del contratto, la stazione appaltante trattiene dal certificato di pagamento l'importo corrispondente all'inadempienza per il successivo versamento diretto agli enti previdenziali e assicurativi, compresa, nei lavori, la cassa edile».

Una volta che sia emersa un'irregolarità contributiva, l'amministrazione pubblica deve dunque disporre il pagamento dell'importo dovuto, direttamente a favore degli istituti previdenziali e delle casse edili, dandone alle stesse previa comuni-

---

<sup>253</sup> S. VARVA, *Il lavoro*, cit., p. 208; D. IZZI, *La responsabilità solidale*, cit., p. 47; M. SALVALAIO, *Appalti pubblici*, cit., p. 335. Una particolare enfasi sull'interesse pubblico è posta altresì da A. DE SIANO, *Tutela del lavoratore*, cit., p. 114. Diversamente E. CARUSO, *Equo trattamento*, cit., p. 878, che riconosce una duplice natura dello strumento, contestualmente funzionale a garantire la tutela dei lavoratori oltre al risultato amministrativo; così anche in ID, *Contratti pubblici e applicazione*, cit., p. 293. Con rispetto alle prime manifestazioni dell'intervento sostitutivo, pure si è sottolineata l'esistenza di una «specifica finalità politica, essendo rivolta ad assicurare un giusto equilibrio nel rapporto di lavoro, soddisfacendo così l'interesse dello stato alla regolare e perfetta esecuzione dell'opera»; così, E. GHERA, *Le c.d. clausole sociali*, cit., p. 134.

<sup>254</sup> Va ricordato che molto spesso le regole relative alle concrete modalità dell'intervento sostitutivo della stazione appaltante sono inserite nei documenti di gara; così, A. N. TOSCANO, *Intervento sostitutivo*, cit., p. 172.

cazione<sup>255</sup>. E ciò, deve ritenersi, anche laddove il debito della stazione appaltante sia idoneo a coprire solo parte dell'irregolarità accertata<sup>256</sup>.

Come era già previsto nel più risalente regolamento del 2000, prima dell'attivazione dell'intervento sostitutivo, è richiesto alla stazione appaltante di operare, sull'importo in pagamento, la ritenuta dello 0,50 per cento. Queste somme possono essere svincolate solo in sede di liquidazione finale, previo rilascio del DURC, come espressamente disposto dall'art. 11, co. 6. È da queste somme che deve, anzitutto, attingersi al fine di sostituirsi nei pagamenti agli enti previdenziali.

Quanto all'accertamento dell'irregolarità contributiva, non sembrano porsi particolari questioni, dal momento che sulla pubblica amministrazione grava l'obbligo di acquisire d'ufficio il DURC dell'affidatario e di tutti i subappaltatori prima di effettuare i pagamenti<sup>257</sup>. Ciò dovrebbe consentire un miglior funzionamento del rimedio in questione, imponendo alla stazione appaltante l'onere di effettuare un costante controllo, almeno con riguardo alla regolarità contributiva.

La disciplina si atteggia invece in maniera molto diversa allorché il ritardo riguardi il pagamento delle retribuzioni.

In questo caso, la seconda parte del co. 6, dispone che «il responsabile unico del progetto invita per iscritto il soggetto inadempiente, ed in ogni caso l'affidatario, a provvedervi entro i successivi 15 quindici giorni. Ove non sia stata contestata formalmente e motivatamente la fondatezza della richiesta entro il termine di cui al terzo periodo, la stazione appaltante paga anche in corso d'opera direttamente ai lavoratori le retribuzioni arretrate, detraendo il relativo importo dalle somme dovute

---

<sup>255</sup> In tal senso, si esprime la circolare del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali 16 febbraio 2012, n. 3, i cui contenuti sono stati ripresi anche dall'INPS con circolare del 13 aprile 2012, n. 54. Sulla persistente attualità delle circolari, A. N. TOSCANO, *Intervento sostitutivo*, cit., p. 172.

<sup>256</sup> In tal caso, il pagamento nei confronti di ciascun Ente deve avvenire in proporzione alle irregolarità dell'operatore economico segnalate nel DURC, ma non può comunque eccedere l'ammontare del debito della stazione appaltante nei confronti dell'appaltatore alla data di emissione del DURC irregolare. In tal senso v. circ. Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, 16 febbraio 2012, n. 3, nonché circ. INPS del 13 aprile 2012, n. 54.

<sup>257</sup> Si v. l'art. 119, co. 7 e 8, d.lgs. n. 36 del 2023.

all'affidatario del contratto ovvero dalle somme dovute al subappaltatore inadempiente nel caso in cui sia previsto il pagamento diretto».

In assenza di indicazione alcuna sulle modalità con cui l'amministrazione debba venire a conoscenza del ritardo e di strumenti che, come il DURC per il caso dell'irregolarità contributiva, consentono di accertare il mancato pagamento, può desumersi che in questo caso spetti al lavoratore informare la stazione appaltante dell'inadempimento dell'appaltatore e del mancato percepimento delle retribuzioni<sup>258</sup>, attraverso qualsiasi atto stragiudiziale idoneo a contestare il presunto inadempimento della stazione appaltante.

In tal senso, il regime pare nettamente più favorevole di quello relativo all'azione diretta *ex art. 1676 c.c.* L'azione codicistica impone al lavoratore, che voglia farla valere, di dimostrare l'inadempimento del datore di lavoro. Al contrario, l'intervento sostitutivo può avvenire fintanto che, entro 15 giorni, non vi sia stata contestazione formale e motivata da parte del soggetto interessato, senza che venga svolta alcuna attività istruttoria rispetto all'effettività del debito.

### 15. *La responsabilità della stazione appaltante e l'affidamento del terzo: una proposta de iure condendo*

La disciplina in materia di intervento sostitutivo dovrebbe consentire una soddisfazione dei crediti dei lavoratori più rapida rispetto alle azioni giudiziali<sup>259</sup>.

Lo strumento sconta però non pochi limiti a livello applicativo, che ne mettono in discussione l'efficacia.

---

<sup>258</sup> Secondo un'opinione, si tratterebbe di un'azione diretta in capo al lavoratore. Tuttavia, le peculiarità dell'istituto non consentono di riconoscere una vera e propria sovrapposizione con l'azione diretta *ex art. 1676 c.c.* né tantomeno con altri istituti civilistici pur caratterizzati da somiglianze, come quello della delegazione di pagamento o della fideiussione *ex lege*. Cfr. M. SALVALAIO, *Appalti pubblici*, cit., pp. 333 ss.

<sup>259</sup> *Ivi*, pp. 340-342. Così anche I. ALVINO, *Clausole sociali*, cit., p. 11, il quale collega all'efficienza dello strumento lo scarso contenzioso in materia. Nello stesso senso, v. anche A. BOSCATI, *Appalti pubblici*, cit., p. 144.

In primo luogo, è sempre possibile per il datore di lavoro paralizzare l'eventuale intervento sostitutivo. È sufficiente a tal fine che, una volta ricevuto l'invito a pagare, egli presenti una contestazione "formale e motivata"<sup>260</sup>. Quella usata dalla legge è, tuttavia, una formula troppo generica, la quale prestandosi a facili strumentalizzazioni sembra idonea a determinare un complessivo indebolimento dell'istituto sul piano dell'efficacia.

Inoltre, nonostante la natura obbligatoria dell'intervento sostitutivo, non è prevista nessuna sanzione nei confronti dell'amministrazione che non si attivi, ricorrendone i presupposti<sup>261</sup>. L'attivazione dell'intervento sostitutivo è di fatto condizionata alla libertà di iniziativa e all'autoresponsabilità delle stazioni appaltanti.

Non è da ritenersi un caso, dunque, che spesso l'attivazione dell'intervento sostitutivo avvenga solo all'esito di lunghe interlocuzioni tra la pubblica amministrazione e le organizzazioni sindacali<sup>262</sup>, il cui successo è condizionato anche dalla effettiva capacità di denuncia e di azione di quest'ultime<sup>263</sup>.

---

<sup>260</sup> In tal senso, v. Trib. Napoli, sez. lav., 27 settembre 2017, n. 6333, cit.

<sup>261</sup> La giurisprudenza amministrativa esclude che in questo caso si possa agire contro il silenzio inadempimento ex art. 31 c.p.a. Ciò sia per il difetto di giurisdizione nella fase esecutiva sia perché un'azione contro il silenzio-inadempimento non è esperibile avverso qualsiasi tipologia di inerzia ma solo quando l'obbligo di provvedere implichi l'esercizio di una potestà autoritativa, a fronte della quale si configura una posizione di interesse legittimo, che nella specie è insussistente, venendo in rilievo posizioni di diritto soggettivo correlate, come si è detto, al mancato adempimento degli obblighi del datore di lavoro e del committente, tra loro collegati nel peculiare istituto disciplinato dall'art. 30, comma 6, del codice dei contratti pubblici»; TAR Campania Napoli, sez. V, 14 ottobre 2020, n. 4527, cit., relativa ad una fattispecie in cui era applicabile il d.lgs. n. 50 del 2016.

<sup>262</sup> A titolo esemplificativo, può citarsi l'episodio relativo al pagamento degli stipendi dei dipendenti di una cooperativa che svolgeva assistenza in un centro di accoglienza per cittadini stranieri nella provincia di Palermo, avvenuto solo a seguito delle pressioni della sezione locale della CGIL; cfr. *Assistenza migranti, pagati dalla Prefettura con l'“intervento sostitutivo” gli stipendi ai lavoratori della coop Azione sociale. La Fp CGIL: “La strada da noi suggerita quella giusta. Siamo contenti”*, 2 ottobre 2024, al link: <https://www.cgilpalermo.it/assistenza-migranti-pagati-dalla-prefettura-con-lintervento-sostitutivo-gli-stipendi-ai-lavoratori-della-coop-azione-sociale-la-fp-cgil-la-strada-da-noi-suggerit/>.

<sup>263</sup> Per citare un episodio recente, si v. la reiterata attività di denuncia svolta dalla CGIL Brindisi rispetto alla mancata corresponsione degli stipendi in un appalto indetto dall'ASL Brindisi; cfr. *Denuncia mancato pagamento retribuzione*

D'altra parte, l'intervento sostitutivo soffre dei limiti legati al ristretto campo di applicazione dal momento che non risulta di alcun aiuto quando l'amministrazione abbia esaurito il debito nei confronti dell'appaltatore.

Né l'intervento sostitutivo pare offrire alcun soccorso per quei lavoratori che siano vittime di significativi ritardi nella percezione della retribuzione o, nei casi più drammatici, di mancati pagamenti, per ragioni imputabili ad un inadempimento della stessa stazione appaltante. Al riguardo, giova ricordare che gli appaltatori nei confronti della pubblica amministrazione si trovano spesso in una posizione di sostanziale dipendenza economica. Di conseguenza, il mancato pagamento dei corrispettivi da parte delle pubbliche amministrazioni ben potrebbe determinare l'impossibilità per gli operatori economici di pagare le retribuzioni ai lavoratori coinvolti<sup>264</sup>. Ciò è, del resto, confermato dal fatto che proprio i mancati o ritardati pagamenti ai lavoratori impiegati negli appalti pubblici siano una delle ragioni principali di insorgenza del conflitto collettivo, soprattutto in settori ad alta intensità di manodopera. Di questi paradigmatici è il caso dell'igiene ambientale<sup>265</sup>, insieme al quale meritano di essere menzionate anche le vicende che hanno riguardato il personale dedicato ai centri per migranti<sup>266</sup>.

Si tratta di casi in cui l'intervento sostitutivo pare impensabile, in considerazione della diretta responsabilità della stazione appaltante. In queste ipotesi, dunque, il lavoratore che voglia

---

*dipendenti San Raffaele, richiesta della Cgil di intervento sostitutivo ASL Brindisi*, 18 novembre 2024, al link: <https://www.brindisitime.it/denuncia-mancato-pagamento-retribuzione-dipendenti-san-raffaele-richiesta-della-cgil-di-intervento-sostitutivo-asl-brindisi/>.

<sup>264</sup> Cfr. O. RAZZOLINI, D. ANDREUTTO, T. SORBELLO., *Il conflitto nel settore*, cit., p. 403. L'Italia è peraltro stata condannata dalla Corte di Giustizia proprio per non garantire che le pubbliche amministrazioni rispettino i termini di pagamento previsti nelle transazioni commerciali, sottoponendo gli appaltatori a rischi di insolvenza; C. Giust., Grande sez., 28 gennaio 2020, C-122/18, *Commissione c. Italia*.

<sup>265</sup> Cfr. O. RAZZOLINI, D. ANDREUTTO, T. SORBELLO., *Il conflitto nel settore*, cit., pp. 397 ss.

<sup>266</sup> Si pensi agli episodi relativi al CARA di Caltanissetta, v. CGSSE, *Relazione annuale 2023 sull'attività svolta nel 2022*, cit., pp. 68 ss., o al procedimento penale, aperto a seguito di gravi inadempienze, verificate nell'ambito di un reciproco scambio di accuse tra la Prefettura di Gorizia e la cooperativa/ente appaltatore; CGSSE, *Appalti e conflitto collettivo*, cit., p. 11.

agire nei confronti dell'amministrazione non dispone di altro se non dell'art. 1676 c.c., con tutti i suoi limiti soggettivi e le difficoltà probatorie.

Così, come era stato previsto dai sindacati già all'indomani della riforma del 2013<sup>267</sup>, l'esclusione totale della regola di responsabilità solidale per i trattamenti delle imprese affidatarie ha avuto l'effetto di contribuire alla «deresponsabilizzazione delle amministrazioni committenti, le quali sempre più spesso [hanno puntato] ad affidare gli appalti secondo la logica del massimo risparmio possibile, disinteressandosi (considerato che non rischiano più un coinvolgimento in tale aspetto) della serietà dell'operatore privato al quale si affidano e del sostanziale rispetto delle regole lavoristiche in fase di esecuzione dell'opera o del servizio»<sup>268</sup>.

Tale stato di cose non ha mai spinto il legislatore ad accogliere la proposta, più volte reiterata dai sindacati, di estendere la regola privatistica alle pubbliche amministrazioni<sup>269</sup>, né ad introdurre altri rimedi.

Se dunque è certamente più rapido, l'intervento sostitutivo è ben distante sul piano dell'ampiezza della tutela offerta nel settore privato dalla regola dettata dall'art. 29, co. 2, del d.lgs. n. 276 del 2003, rischiando così di scaricare sui lavoratori le conseguenze dell'eventuale *mala gestio* della cosa pubblica.

E infatti, come messo in luce dalla Commissione di Garanzia sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali<sup>270</sup>, i ritardi dei pa-

---

<sup>267</sup> Si allude alla riforma operata dall'art. 9, co. 1, del d.l. n. 76 del 2013, che, come si è visto (*supra* par. 13), ha escluso in via definitiva che la regola di solidarietà potesse trovare applicazione in relazione ai contratti di appalto stipulati dalle pubbliche amministrazioni, suscitando il malcontento delle parti sociali.

<sup>268</sup> *Relazione al progetto di legge di iniziativa popolare in materia di garanzia dei trattamenti dei lavoratori impiegati nelle filiere degli appalti privati e pubblici, contrasto alle pratiche di concorrenza sleale tra imprese, tutela dell'occupazione nei cambi di appalto*, promossa dalla CGIL e presentata alla Camera dei Deputati il 4 maggio 2015 (Atto C 3097).

<sup>269</sup> L'istanza è stata fatta propria dal documento unitario di CGIL, CISL e UIL del 23 ottobre 2014, p. 3, nonché dalla citata proposta di legge di iniziativa popolare presentata alla Camera dei Deputati il 4 maggio 2015 (Atto C 3097) e, poco dopo, dalla Carta dei diritti universali del lavoro del 2016 della CGIL (art. 90, co. 7).

<sup>270</sup> CGSSE, *Appalti e conflitto collettivo*, cit..

gamenti delle stazioni appaltanti e degli enti concedenti sono, spesso, conseguenza di una complessiva situazione di cattiva gestione delle amministrazioni, che causa la totale incapienza delle casse pubbliche e la loro conseguente incapacità di pagare il debito contratto con gli appaltatori.

Talvolta, la stessa Commissione di garanzia, animata dalla volontà di «rendere giuridicamente visibile e rilevante l'interlocutore reale dei rapporti di lavoro individuali e collettivi»<sup>271</sup>, ha fornito interpretazioni volte ad estendere la portata dei suoi poteri di *moral suasion*<sup>272</sup>, previsti dall'art. 13, co. 1, lett. h), legge 12 giugno 1990, n. 146, nei confronti dei reali destinatari delle rivendicazioni dei lavoratori<sup>273</sup>. Tale attività ha avuto,

---

<sup>271</sup> A. BELLAVISTA, O. RAZZOLINI, *Il dossier della Commissione di garanzia sullo sciopero in materia di appalti nei servizi pubblici essenziali*, in *Lav. dir. eur.*, 2021, n. 3, p. 2.

<sup>272</sup> In generale, sui poteri di *moral suasion* della Commissione, v. M. RUSCIANO, *Sciopero, servizi essenziali, moral suasion della Commissione di Garanzia*, in AA. VV., *Diritto di sciopero e rappresentatività sindacale*, in *QADL*, Cedam, Padova, 2018, pp. 57 ss.

<sup>273</sup> L'art. 13, co. 1, lett. h), legge n. 146 del 1990, attribuisce alla Commissione il potere di intervenire, a prescindere dalla proclamazione di uno sciopero, allorché rilevi comportamenti che «possano determinare l'insorgenza o l'aggravamento di conflitti in corso», invitando «con apposita delibera, le amministrazioni o le imprese predette a desistere dal comportamento e ad osservare gli obblighi derivanti dalla legge o da accordi o contratti collettivi». La Commissione ha dato vita ad una opera di progressivo ampliamento dell'ambito di applicazione della disposizione, ricomprendendo tra i destinatari dei propri poteri di intervento anche le «amministrazioni pubbliche che hanno affidato l'erogazione del servizio ad imprese solo formalmente distinte da esse e sulle quali esercitano un controllo diretto e penetrante»; così, la delibera 19 gennaio 2015, n. 12, in G.U. 4 febbraio 2015, n. 28. L'indirizzo è poi confluito nelle *Linee guida ricognitive e decisioni operative in materia di appalti e sciopero nei servizi pubblici essenziali*, adottate dalla Commissione nel 2022 (verbale del 14 giugno 2022, n. 1270, in *cgssse.it*), che ha ulteriormente esteso la portata della disposizione, superando il criterio di immedesimazione organica, adottato in passato per giustificare l'estensione dei poteri di intervento limitatamente alle ipotesi in cui i comportamenti censurabili fossero riferibili all'amministrazione pubblica, che abbia affidato il servizio a società controllate o partecipate, in *house providing* (cfr. G. PINO, voce *Conflitto collettivo nei servizi pubblici essenziali*, in *ED*, Annali, vol. X, 2017, p. 269). Nelle *Linee guida*, l'estensione è stata invece giustificata in ragione della capacità del committente di influenzare le condizioni di lavoro e, dunque, di originare il conflitto con le proprie condotte. Si tratta di un orientamento che, secondo la Commissione, sarebbe coerente con la posizione espressa dalla Corte Costituzionale nel 2017 in materia di responsabilità solidale (Corte Cost., 6 dicembre 2017, n. 254, cit.; v. *supra* nt. 213). Tale interpretazio-

peraltro, l'effetto di ipotizzare anche forme di responsabilità amministrativo-contabile della Pubblica Amministrazione inadempiente attraverso la comunicazione della delibera alla Corte dei conti<sup>274</sup>.

Pur non attribuendo alcuna nuova azione in capo al lavoratore, anche il nuovo Codice sembra aver mostrato una inedita attenzione per il tema. Sempre nell'ambito del principio delineato all'art. 11, è stato infatti previsto che: «le stazioni appaltanti e gli enti concedenti assicurano, in tutti i casi, che le medesime tutele normative ed economiche siano garantite ai lavoratori in subappalto» (co. 5).

Si tratta di una disposizione che pare imporre alla stazione appaltante un obbligo di garanzia con riguardo al rispetto della parità di trattamento lungo tutta la catena contrattuale.

Ancorché non preveda alcuna sanzione, la disposizione sembrerebbe infatti avere l'effetto di porre la committente in una posizione di garanzia, simile, per certi versi, a quella che la committente (sia pubblica che privata) assume nella materia della salute e della sicurezza<sup>275</sup>, questa volta, però, con riguardo alla tutela del trattamento erogato al lavoratore.

---

ne ha consentito all'Autorità di intervenire a fronte dei drammatici episodi di mancato pagamento delle retribuzioni e delle conseguenti astensioni degli addetti al servizio di igiene ambientale, in alcuni Comuni del Meridione. A seguito di tali eventi, la Commissione ha, infatti, emanato delle delibere ex art. 13, comma 1, lett. h), legge n. 146 del 1990, di invito agli enti locali al rispetto dei termini previsti dalla legge per il pagamento del servizio di igiene ambientale, quale «condizione essenziale affinché possa essere garantito il puntuale pagamento degli stipendi ai lavoratori ed evitata l'insorgenza e l'aggravamento del conflitto»; così la delibera 210/2021, preceduta dalla delibera 300/2020, entrambe relative al Comune di Favara (AG) e consultabili sul sito *cgsse.it*. Numerose delibere, nel corso del 2020, sono state indirizzate anche ad altri Comuni del sud d'Italia; fra le altre, v. le delibere n. 276/2020, relativa al Comune di Roccaromana, e n. 256/2020, relativa al Comune di Reggio Calabria, consultabili sul sito *cgsse.it*.

<sup>274</sup> Così, ad esempio, la delibera 210/2021, cit. Nel 2022, è stata raggiunta anche un'intesa tra la Commissione e la Corte dei conti; CGSSE, *Relazione annuale 2023 sull'attività svolta nel 2022*, cit., p. 57.

<sup>275</sup> In tale ambito, l'intensità degli obblighi imposti sul committente e la sua area di responsabilità travalicano di fatto il limite costituito dal vincolo contrattuale. Oltre alla responsabilità solidale per i danni cosiddetti «differenziali» prevista dall'art. 26, co. 4, decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81, che opera a prescindere dalla disponibilità giuridica di luoghi di lavoro (sempre che non siano conseguenza dei rischi specifici propri dell'attività dell'appaltatore), la giuri-

In tal senso, la disposizione sembrerebbe fondare una forma di responsabilità della stazione appaltante, la quale oltre che delle retribuzioni non percepite in ragione della sua posizione di garante *ex lege*, potrebbe essere chiamata a rispondere degli effetti negativi sulla retribuzione delle condotte dei vari operatori economici che operano nelle loro vesti di appaltatori e subappaltatori lungo la filiera<sup>276</sup>.

D'altra parte, è evidente il nesso di causalità che intercorre tra la condotta omissiva della p.a. e il danno arrecato al lavoratore che subisca condizioni deteriori, quando la stazione appaltante ometta la propria attività di vigilanza o l'attivazione

---

sprudenza riconosce un'area di responsabilità del committente legata, invece, alla sua capacità di accesso ai luoghi di lavoro e di controllo delle fonti di rischio (si v., rispettivamente, Cass. civ., sez. lav., 25 ottobre 2022, n. 31479, e 4 giugno 2024, n. 155, entrambe in *onegale.wolterskluwer.it*), riconoscendo eventualmente sul committente anche una forma di *culpa in eligendo* nel caso di selezione di un'impresa incapace a svolgere i lavori (si v. G. MARANDO, *La sicurezza del lavoro nel sistema della giurisprudenza*, Giuffrè, Milano, 1996, pp. 235 ss.). Sulla posizione di garanzia del committente in materia di salute e sicurezza, si v.: S. BERTOCCO, *La posizione di garanzia del datore di lavoro committente negli appalti "interni"*, in M. T. CARINCI, C. CESTER, M. G. MATTAROLO, F. SCARPELLI (a cura di), *Tutela e sicurezza*, cit., pp. 131 ss. Sulla responsabilità solidale di cui all'art. 26, co. 4, v.: G. LUDOVICO, *La responsabilità solidale dell'appaltante per i danni non indennizzati derivanti da infortunio e malattia professionale*, in *Lav. giur., Gli Speciali*, 2011, II, pp. 35 ss.; P. PASCUCCI, *Dopo la legge n. 123 del 2007. Titolo I del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro*, WP CSDLE "M. D'Antona" - n. 73/2008; O. BONARDI, *La sicurezza sul lavoro nel sistema degli appalti*, I Working Papers di Olympus, 2013, n. 26; C. CESTER, E. PASQUALETTO, *Il campo di applicazione dell'art. 26 del testo unico n. 81/2008*, in M. T. CARINCI, C. CESTER, M. G. MATTAROLO, F. SCARPELLI (a cura di), *Tutela e sicurezza*, cit., pp. 99 ss.; S. BORELLI, D. IZZI, *L'impresa tra strategie*, cit., pp. 568 ss.

<sup>276</sup> Peraltro, sulla scorta dei principi già elaborati dalla giurisprudenza, potrebbe ritenersi che, al pari di quanto già avviene nei rapporti tra i privati, il lavoratore non avrebbe neppure un onere di previa escussione del datore di lavoro o degli altri soggetti della catena secondo quanto previsto dall'art. 1951 c.c. Tali principi relativi alla garanzia *ex lege* sono stati ampiamente elaborati dalla giurisprudenza rispetto alla responsabilità solidale prevista dall'art. 38 c.c. per chi abbia agito in nome e per conto dell'associazione non riconosciuta; *ex multis* Cass. civ., sez. III, 6 agosto 2002, n. 11759, in *I Contratti*, 2003, pp. 137 ss., con nota di R. ACCROGLIANO, *La responsabilità personale dei rappresentanti dell'associazione non riconosciuta*; Cass. civ., sez. III, 24 ottobre 2008, n. 25748, in *onegale.wolterskluwer.it*; Cass. civ., sez. V, 1 marzo 2022, n. 6626, in *onegale.wolterskluwer.it*.

dell'intervento sostitutivo, o ancora non adempia alle obbligazioni assunte nei confronti degli appaltatori.

A ciò va poi aggiunta la considerazione per cui la garanzia imposta dall'art. 11, co. 5, del Codice integra gli obblighi di protezione, già insorgenti sulla pubblica amministrazione in applicazioni dalle clausole generali di correttezza e buona fede<sup>277</sup>. Nei confronti dei privati, l'amministrazione è infatti gravata di «obblighi di protezione», più intensi di quelli sussistenti nei rapporti fra privati<sup>278</sup>, in ragione dell'affidamento che il privato ripone nell'agire legittimo e secondo buona fede della p.a.<sup>279</sup>.

In tal senso, pur nella sua formale terzietà al contratto commerciale, il lavoratore impiegato nell'ambito di una commessa pubblica non pare un soggetto del tutto estraneo all'appalto: egli nutre una legittima aspettativa a che l'amministrazione, nella sua qualità di committente, adempia alle proprie obbligazioni contrattuali, eserciti i propri obblighi di vigilanza e, quando ne ricorrano i presupposti, attivi i propri poteri di intervento<sup>280</sup>.

Anche in assenza di un'apposita azione, il lavoratore che subisca gli effetti negativi di tale condotta potrebbe dunque agire in giudizio per chiedere alla stessa il risarcimento del danno a titolo di responsabilità «da contatto sociale».

L'amministrazione è legata all'appaltatore per il tramite di un contratto commerciale, ma rimane un soggetto estraneo al rapporto di lavoro. Ciò non significa, però, che ad essere violato sia

---

<sup>277</sup> In generale, sulla natura integrativa e sul contenuto delle clausole generali di correttezza e buona fede, v. L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, pp. 5 ss., su cui L. NIVARRA, *Clausole generali e principi generali del diritto nel pensiero di Luigi Mengoni*, in *Europa e dir. priv.*, 2007, pp. 411 ss.

<sup>278</sup> C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 224.

<sup>279</sup> Riprendendo le parole di autorevole dottrina civilistica: «Non c'è nulla che il soggetto privato debba aspettarsi dalla pubblica amministrazione, tranne la correttezza del suo operato»; così, C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., p. 224.

<sup>280</sup> Tale «affidamento» del lavoratore trova, peraltro, anche un precipuo riconoscimento normativo nell'ambito del nuovo Codice, il quale prevede espressamente che il cittadino (e, dunque, il lavoratore) debba riporre «fiducia» nell'«azione legittima, corretta e trasparente» della pubblica amministrazione (art. 2 del d.lgs. n. 36 del 2023).

un generale *neminem laedere*: come si è detto, l'amministrazione è gravata da specifici obblighi di protezione nei confronti del lavoratore scaturenti dalle clausole generali di correttezza e buona fede<sup>281</sup>, che dovrebbero costantemente informare l'operato della pubblica amministrazione, ma anche dall'insieme di obblighi di vigilanza e di intervento disposti direttamente in capo alla committente, dagli artt. 11, co. 5 e 6, e 119, co. 7 e 8, d.lgs. n. 36 del 2023.

Sulle orme già tracciate dalla giurisprudenza in materia di responsabilità della p.a. per violazione dell'affidamento, potrebbe dunque ritenersi che la responsabilità della pubblica amministrazione, non riferibile né ad un rapporto meramente extracontrattuale né ad uno propriamente contrattuale, abbia origi-

---

<sup>281</sup> L'elaborazione giurisprudenziale in materia pare aver spinto ad inserire la tutela dell'affidamento, insieme alla buona fede, come principio del nuovo Codice, espressamente sancito dall'art. 5, benché solo con riguardo all'ambito dei rapporti tra stazione appaltante e operatore economico. Sul principio di buona fede e tutela dell'affidamento, v. F. DI LASCIO, *I principi di buona fede e di tutela dell'affidamento nel nuovo codice appalti*, in R. URSI (a cura di), *Studi sui principi generali*, cit., pp. 115 ss. Tale formulazione del principio non impedisce però la applicazione della clausola generale di buona fede anche nei rapporti tra lavoratore e p.a.. Infatti, «la natura integrativa della buona fede come clausola generale ne consente l'applicazione anche nei riguardi dell'agire amministrativo», a prescindere da un precipuo appiglio normativo; cfr. M. C. CAVALLARO, *Buona fede e legittimità del provvedimento amministrativo*, in *P. A. Persona E Amministrazione*, 2023, n. 2, p. 135. La legge 7 agosto 1990, n. 241, prevede infatti che cui in generale che i rapporti tra cittadini ed amministrazione vadano improntati alla buona fede. In particolare, l'art. 1, co. 2 *bis*, della legge n. 241 introdotto dall'art. 12, co.1, lett. a), del decreto legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito con modificazioni dalla legge 11 settembre 2020, n. 120, prevede che: «I rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede».

Ne consegue che l'attuale formulazione dell'art. 5 del Codice del 2023 non esclude l'operatività delle clausole generali nei rapporti tra p.a. e soggetti diversi dagli operatori economici; al contrario, il nuovo principio pare volto a ridurre i margini di responsabilità della p.a. da violazione dell'affidamento, come reso evidente dal dettato del co. 3, secondo cui: «In caso di aggiudicazione annullata su ricorso di terzi o in autotutela, l'affidamento non si considera incolpevole se l'illegittimità è agevolmente rilevabile in base alla diligenza professionale richiesta ai concorrenti. Nei casi in cui non spetta l'aggiudicazione, il danno da lesione dell'affidamento è limitato ai pregiudizi economici effettivamente subiti e provati, derivanti dall'interferenza del comportamento scorretto sulle scelte contrattuali dell'operatore economico».

ne nel «contatto sociale»<sup>282</sup> instaurato tra la p.a. ed il lavoratore, con conseguente applicazione del regime dettato dall'art. 1218 c.c.<sup>283</sup>.

---

<sup>282</sup> Tale impostazione ha superato l'orientamento tradizionale che inquadrava la responsabilità della p.a. per violazione di interesse legittimo nell'alveo di quella extracontrattuale. Si ricorda, al riguardo, la storica pronuncia Cass. civ. sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, in *Corr. giur.*, 1999, pp. 1367 ss., con nota di A. DI MAJO, *Risarcibili per la cassazione gli interessi legittimi*, che inquadra la responsabilità della pubblica amministrazione per lesione di interessi legittimi nello schema descritto dall'art. 2043 c.c. Nel senso di ricondurre la responsabilità della pubblica amministrazione, soprattutto in sede contrattuale, ad una responsabilità da «contatto sociale», si v.: Cass. civ., 19 novembre 2002, n. 157, in *Foro it.*, 2003, I, pp. 78 ss., nota di F. FRACCHIA, *Risarcimento del danno causato da attività provvedimentale*; Cass. Civ., sez. I, 10 gennaio 2003, n. 157, in *Corr. giur.*, 2003, pp. 586 ss., con nota di A. LAMORGESE, *Nuovi fermenti in Cassazione sulla responsabilità per attività provvedimentale della pubblica amministrazione*, e in *Danno e resp.*, 2003, pp. 477 ss., con nota di R. CONTI, *Lesione dell'interesse legittimo oppositivo: la cassazione a tutta birra sulle ali della «500» del 1999*. In giurisprudenza amministrativa, v. Cons. Stato, sez. V, 6 agosto 2001, n. 4239, in *Danno resp.*, 2001, pp. 1211 ss., con nota di M. PASSONI, *Responsabilità per «contatto» e risarcimento per lesioni di interessi legittimi*; Cons. Stato, sez. V, decisione 2 settembre 2005, n. 4461, in *Urbanistica e appalti*, 2006, pp. 183 ss., con nota di R. CARANTA, *Il rasoio di Occam e la responsabilità della pubblica amministrazione*; Cons. Stato, sez. VI, 18 marzo 2008, n. 1137, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, pp. 560 ss., con nota di L. CARBONE e L. LO MEO; Cons. Stato, sez. IV, 12 marzo 2010, n. 1467, in *Resp. civ. prev.*, 2010, pp. 1546 ss., con nota di P. PATRITO, *Exceptio doli generalis e diritto amministrativo*.

In dottrina, sulla ricostruzione della responsabilità insorgente dalla violazione di obblighi di buona fede come responsabilità da contatto sociale, v. A. NICOLUSSI, G. PORTONERA, *Buona fede e correttezza nel rapporto obbligatorio*, Giappichelli, Torino, 2023, pp. 13 ss.

<sup>283</sup> Secondo la giurisprudenza tale «responsabilità relazionale o da contatto sociale qualificato, idoneo a produrre obbligazioni ai sensi dell'art. 1173 cod. civ., non ha natura extracontrattuale, ma contrattuale, al pari di quella derivante dalla violazione degli obblighi di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto [...], la cui deduzione pone a carico dell'attore l'onere di allegare e provare esclusivamente la fonte dell'obbligazione, ovvero sia il contratto o il contatto sociale, e il nesso di causalità tra il pregiudizio subito e la condotta dell'agente, restando a carico di quest'ultimo, in alternativa alla prova dell'esatto adempimento, l'allegazione e la prova dell'impossibilità della prestazione per causa non imputabile, cioè della riconducibilità della violazione dei propri obblighi ad un impedimento imprevedibile ed inevitabile»; Cass. civ., sez. I, 30 aprile 2024, n. 11544, in *onelegale.wolterskluwer.it*. La riconducibilità di tale forma di responsabilità alla sfera contrattuale si deve per la prima volta a Cass. civ., sez. III, 22 gennaio 1999, n. 589 in *Corr. giur.*, 1999, pp. 441 ss. con nota di A. DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in cassazione*,

A dire il vero, sia la giurisprudenza che la dottrina amministrativistica relative alla responsabilità della pubblica amministrazione per lesione dell'affidamento, nel riconoscere una forma di responsabilità da contatto sociale, si sono concentrate sui rapporti tra la p.a. e gli operatori economici, soprattutto

---

relativa alla responsabilità del medico, operante in una struttura sanitaria, nei casi di danni alla salute del paziente. Sul punto v. L. NIVARRA, *Alcune precisazioni in tema di responsabilità contrattuale*, in *Europa e dir. priv.*, 2014, pp. 55 ss., il quale riconduce la responsabilità all'«affidamento riposto dalla controparte nelle competenze del professionista in quanto asseverate dalla legge» (p. 58).

Nello stesso senso, si è espresso anche il giudice del riparto: Cass. civ., sez. un., 28 aprile 2020, n. 8236, in *Corr. giur.*, 2020, pp. 1025 ss., con nota di C. SCOGNAMIGLIO, *Sulla natura della responsabilità della pubblica amministrazione da lesione dell'affidamento del privato sorto a seguito di un comportamento della medesima*; nello stesso senso, v. anche Cass. civ., sez. un., 15 gennaio 2021, n. 615, in *Urbanistica e appalti*, 2021, pp. 309 ss., con nota di R. CIPPITANI, *Responsabilità da mero comportamento nella "dimensione relazionale complessiva" tra amministrazione pubblica e privato*. Più di recente, v. Cass. civ., sez. I, 30 aprile 2024, n. 11544, cit.

Sulla natura della responsabilità della p.a. e sul riparto di giurisdizione si è pronunciata anche la giurisprudenza amministrativa, adottando posizioni contrarie a quelle del giudice del riparto riconducendo la responsabilità precontrattuale della p.a. ad una forma di responsabilità extracontrattuale; si v. Cons. Stato, ad. plen., 23 aprile 2021, n. 7, in *Giorn. dir. amm.*, 2022, pp. 111 ss., con nota di G. SABATO, *Sulla natura aquiliana della responsabilità amministrativa*. Sulla pronuncia, in dottrina, v. anche: E. ZAMPETTI, *La natura extracontrattuale della responsabilità civile della Pubblica Amministrazione dopo l'Adunanza Plenaria n. 7 del 2021*, in *giustiziainsieme.it*, 30 luglio 2021. La questione è stata deferita all'adunanza plenaria da parte del Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, sez. giur., 15 dicembre 2020, n. 1136, in *giustizia-amministrativa.it*, su cui v. M. TRIMARCHI, *Natura e regime della responsabilità civile della pubblica amministrazione al vaglio dell'Adunanza Plenaria (nota a Consiglio di giustizia amministrativa, sez. giur., 15 dicembre 2020 n. 1136)*, in *giustiziainsieme.it*, 17 febbraio 2021. Ancora di recente: Cons. Stato, sez. V, 16 febbraio 2024, n. 1581, *onelegale.wolterskluwer.it*.

La ricostruzione della giurisprudenza amministrativa non è, comunque, applicabile alle questioni oggetto d'esame, dal momento che nella fase dell'esecuzione ad essere in discussione è pacificamente un diritto soggettivo, con conseguente giurisdizione del giudice ordinario; cfr. Cass. civ., sez. un. 3 maggio 2017, n. 10705, in *onelegale.wolterskluwer.it*; nello stesso senso, v. Cons. Stato, sez. V, 19 luglio 2018, n. 4394, in *onelegale.wolterskluwer.it*; in particolare, con riguardo alla posizione dei lavoratori di fronte alla p.a., v. TAR Campania Napoli, sez. V, 14 ottobre 2020, n. 4527, cit.

nella fase antecedente alla stipulazione del contratto<sup>284</sup>. Ciò non toglie, però, che i principi elaborati in quella sede possano applicarsi anche con riguardo alla fase esecutiva, ponendosi pur sempre in discussione non una responsabilità di tipo provvedimentoale ma comportamentale<sup>285</sup>.

Ricostruire la responsabilità dell'amministrazione nei termini di una responsabilità da contatto sociale, consentirebbe così di allocare sul committente e non più sul lavoratore il rischio dell'inadempimento. Il lavoratore potrebbe, così, agire in giudizio per richiedere il risarcimento del danno pari alle retribuzioni non corrisposte, superando i limiti dell'art. 1676 c.c. e il più gravoso regime probatorio sotteso alla responsabilità aquiliana.

È chiaro che quand'anche accolta sul piano teorico tale ricostruzione, poco risolverebbe a livello pratico rispetto ai vuoti di tutela del Codice. Del resto, gli inadempimenti della pubblica amministrazione, come si è avuto modo di dare conto, si inseriscono spesso in una complessiva situazione di *mala gestio*, che il più delle volte determina la totale incapienza delle casse pubbliche, di modo che i privati, ivi compresi i lavoratori, rischiano di non trovare alcun ristoro per il tramite di un'azione di risarcimento.

Al netto di tale considerazione, ove prendesse piede la possibilità di riconoscere una forma di responsabilità da contatto so-

---

<sup>284</sup> V. NERI, *La tutela dell'affidamento spetta sempre alla giurisdizione del giudice ordinario?*, in *Urbanistica e appalti*, 2020, p. 796.

<sup>285</sup> Cfr. Cass. civ., sez. I, 15 gennaio 2024, n. 1391, in *onelegale.wolterskluwer.it*. In questi casi, «il pregiudizio lamentato non è ricollegabile alla violazione delle regole di diritto pubblico attinenti all'esercizio della potestà amministrativa, ma alla violazione dei principi di correttezza e buona fede che devono governare il comportamento dell'Amministrazione, i quali si traducono in regole di responsabilità, non di validità dell'atto»; Cass. civ., sez. I, 30 aprile 2024, n. 11544, cit. Sulla questione, si v. anche M. C. CAVALLARO, *Buona fede e legittimità*, cit., p. 144, che, per il tramite della distinzione tra affidamento legittimo e incolpevole, ha attribuito la tutela del secondo alla giurisdizione ordinaria e, dunque, nei fatti incardinabile nell'alveo della responsabilità da contatto. Al riguardo, si rileva che è proprio alla nozione di affidamento incolpevole che sembra potersi ricondurre la posizione del lavoratore quale «situazione che chiede protezione contro le conseguenze dannose della fiducia mal riposta», come definita da F. TRIMARCHI BANFI, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l'amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, p. 844.

ziale rappresenterebbe, comunque, un ulteriore strumento a garanzia dei crediti maturati dai lavoratori.

Invero, la riconducibilità della responsabilità del committente, in una posizione di garanzia qualificata, ad una responsabilità da contatto sociale, ancorché scarsamente vagliata nell'ambito della riflessione giuslavoristica e dalla stessa giurisprudenza<sup>286</sup>, potrebbe offrire interessanti spunti anche per un'estensione della responsabilità del committente al di fuori dei rigidi vincoli tradizionalmente imposti dalla natura bilaterale del contratto di lavoro. Una prospettiva, questa, di sempre maggiore interesse al crescere della frammentazione del ciclo produttivo<sup>287</sup>.

---

<sup>286</sup> Fra le poche, v. Cass. civ., sez. III, 21 luglio 2011, n. 15992, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, pp. 10169 ss., con nota di V. MONTANI, *Tra responsabilità civile e contrattuale: il contatto sociale*, che ha riconosciuto una responsabilità da contatto sociale in capo al vecchio datore di lavoro che aveva ingenerato un danno al lavoratore fornendogli informazioni false circa la sua posizione previdenziale, anche in ragione della tutela costituzionale del lavoratore prevista dall'art. 35 Cost.

<sup>287</sup> Talune aperture in tal senso sono offerte dalla giurisprudenza in materia di obblighi di tutela della salute e della sicurezza, ove ha trovato finalmente un impiego la responsabilità da contatto sociale. In tale ambito, ancorché in una fattispecie di appalto privato, la giurisprudenza di merito ha riconosciuto la natura contrattuale (da contatto sociale) della responsabilità del committente in quanto insorgente da un «obbligo di fonte normativa e preesistente al fatto» ricavabile dall'art. 26, co. 4, del d.lgs. n. 81 del 2008. Il committente, ancorché estraneo al rapporto negoziale con il dipendente dell'appaltatore, sarebbe conseguentemente stato posto in una posizione di garanzia rispetto all'integrità del lavoratore, non riducibile al generico *neminem laedere* su cui si fonda la responsabilità extracontrattuale di cui all'art. 2043 c.c.; Trib. Gorizia, 31 maggio 2023, n. 152, in *Labor*, 11 agosto 2023, con nota di S. GRIVET FETA, *La responsabilità del committente per l'infortunio del dipendente dell'appaltatore: tra contratto e fatto illecito, emerge il contatto sociale*. La sentenza è stata tuttavia parzialmente riformata, con riconoscimento diretto della responsabilità solidale ex art. 26, co. 4, del d.lgs. n. 81 del 2008 in capo al committente; App. Trieste, 27 marzo 2024, n. 13, in *Labor*, 29 giugno 2024, con nota di S. GRIVET FETA, *La responsabilità solidale del committente per i danni da infortunio del dipendente dell'appaltatore: dalla posizione di garanzia deriva una forma di responsabilità oggettiva*. Sulla responsabilità da contatto sociale del committente rispetto agli infortuni realizzati nell'ambito di fattispecie di interposizione vietata, v. Trib. Pisa, 10 luglio 2009, n. 268, e 20 luglio 2009, n. 339, entrambe in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, II, pp. 3 ss., con nota di P. ALBI, *Divieto di interposizione e responsabilità da contatto sociale*.

## CAPITOLO III

### LE CLAUSOLE SOCIALI DI SECONDA E TERZA GENERAZIONE: DALLA STABILITÀ OCCUPAZIONALE ALLA PROMOZIONE DELL'OCCUPAZIONE

SOMMARIO: 1. Le misure di promozione della stabilità occupazionale nella disciplina dei contratti pubblici. 2. La ridefinizione delle clausole di stabilità occupazionale nel d.lgs. n. 36 del 2023. 3. Stabilità occupazionale e libertà d'impresa nelle interpretazioni giurisprudenziali. 4. Le misure di stabilità occupazionale tra legge e contrattazione collettiva. 5. La successione di appalti e la disciplina del trasferimento d'azienda. 6. Il cambio d'appalto e la disciplina dei licenziamenti. 7. Gli appalti pubblici e le clausole di terza generazione nel PNRR. 8. I contratti riservati nel d.lgs. n. 36 del 2023. 9. Le misure di promozione della parità occupazionale dopo il d.lgs. n. 209 del 2024. 10. Le "quote riservate" per donne e giovani.

#### *1. Le misure di promozione della stabilità occupazionale nella disciplina dei contratti pubblici*

Nel corso del tempo, le clausole sociali hanno cominciato ad essere impiegate per il perseguimento di finalità ulteriori rispetto a quelle riferibili alla garanzia dell'erogazione di trattamenti economici e normativi minimi ai lavoratori.

Alle clausole di equo trattamento, basate sul modello fornito dall'art. 36 St. lav., sono state affiancate ulteriori disposizioni finalizzate a «garantire la continuità dell'occupazione oppure a sostenere l'azione del sindacato» a fronte dei mutamenti imposti dai fenomeni di cambio o successione d'appalto<sup>1</sup>.

Si è parlato, al riguardo, di una vera e propria «mutazione funzionale»<sup>2</sup> di tali meccanismi di tutela, che ha spinto all'emersione della nozione di clausole sociali di «seconda generazione», alternativamente note, fra l'altro, come clausole di «stabilità occupazionale», «protezione sociale» o di «riassorbimento», per indicare quelle disposizioni che impongono all'appaltatore «obblighi volti a garantire la conservazione

---

<sup>1</sup> E. GHERA, *Le c.d. clausole sociali: evoluzione di un modello di politica legislativa*, in *Dir. rel. ind.*, 2001, p. 146.

<sup>2</sup> *Ibidem*.

dell'impiego per i lavoratori già adibiti all'attività oggetto del contratto»<sup>3</sup>, nelle ipotesi di cambio o successione d'appalto.

Si tratta di fenomeni tendenzialmente “fisiologici”, in quanto di per sé legati alla durata limitata nel tempo dei rapporti intercorrenti tra committente e appaltatore. Cionondimeno, il cambio di titolarità nell'appalto non è affatto indifferente per i lavoratori. Oltre ad essere esposti al rischio di licenziamento, i prestatori di lavoro potrebbero infatti subire un peggioramento delle loro condizioni di impiego<sup>4</sup>. Anche nel caso di successioni d'appalto vi è infatti spazio per la concorrenza al ribasso, con effetti negativi sulle condizioni di lavoro dei prestatori, frattanto soggetti ad una sorta di “eterno” precariato<sup>5</sup>.

A lungo, la necessità di apprestare tutela ai lavoratori coinvolti nei cambi d'appalto non ha trovato spazio nella normativa primaria<sup>6</sup>. Il legislatore è stato infatti frenato dal timore che un intervento teso a disciplinare i fenomeni di successione

---

<sup>3</sup> F. PANTANO, *Le clausole sociali nell'ordinamento giuridico italiano. Concorrenza e tutela del lavoro negli appalti*, Pacini, Pisa, 2020, p. 133.

<sup>4</sup> G. A. RECCHIA, *Cambio appalto, stabilità occupazionale e contrattazione collettiva*, in D. GAROFALO (a cura di), *Appalti e lavoro*, Vol. II, Giappichelli, Torino, 2017, p. 235.

<sup>5</sup> Si v. D. GAROFALO, *Il cambio di appalto tra disciplina legale e disciplina autonoma*, in ID (a cura di), *Appalti e lavoro*, Vol. II, cit., p. 207, che parla di «precari a vita». In generale, sul ricorso alle tecniche di esternalizzazione come causa di precarietà per i lavoratori, v. M. PEDACI, R. DI FEDERICO, *Outsourcing e precarietà del lavoro. Uno studio sul settore dei servizi di pulizia*, in QRS, 2016, n. 4, pp. 103 ss.

<sup>6</sup> In dottrina, si è sostenuto che la regolazione dei fenomeni successivi risponde anche all'esigenza di migliorare l'efficienza dei processi di *outsourcing* e non solo quello di contrasto al *dumping*, dal momento che «oltre a tutelare gli interessi dei lavoratori, la stabilità occupazionale degli addetti all'appalto evita l'insorgere di esuberanti in capo all'impresa uscente e permette di offrire al nuovo gestore un contingente di personale già formato e qualificato grazie all'esperienza maturata “sul campo”»; così A. RICCOBONO, *Cambio d'appalto e mancata riassunzione del lavoratore detenuto*, in *Giur. it.*, 2023, p. 641. In termini simili, M. M. MUTARELLI, *Gli effetti delle clausole di riassunzione nell'avvicendamento di appalti privati*, in M. T. CARINCI (a cura di), *Dall'impresa a rete alle reti d'impresa (scelte organizzative e diritto del lavoro)*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 338.

d'appalto potesse determinare un indebito limite per la libertà di impresa e la concorrenza<sup>7</sup>.

Così, tanto nel settore pubblico come in quello privato, sono state le parti sociali a farsi carico per prime delle questioni scaturenti dalle successioni di appalti. Già dai primi anni '80, le fonti collettive hanno infatti previsto strumenti di protezione sociale, volti a garantire la continuità occupazionale in caso di cessione dell'appalto e di contestuale subentro di nuovo appaltatore nello svolgimento del servizio<sup>8</sup>.

Tutt'oggi, come si vedrà<sup>9</sup>, la contrattazione collettiva dispone un ampio novero di clausole volte a salvaguardare i livelli occupazionali nel caso di fenomeni di cambio di appalto. Si tratta di disposizioni dal contenuto eterogeneo, che impongono obblighi più o meno intensi in capo agli appaltatori subentranti, talvolta fondando finanche un vero e proprio diritto alla riassunzione dei lavoratori coinvolti quando il cambio di appalto avvenga alle medesime condizioni.

Solo di recente, alle previsioni contrattuali sono state accompagnate delle specifiche disposizioni di legge, il cui ambito di applicazione è stato tuttavia limitato al settore pubblico<sup>10</sup>.

Un primo intervento, in tal senso, si rinviene nel primo Codice dei contratti pubblici. In particolare, l'art. 69 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, trasponendo rigidamente l'art. 26 della Direttiva 2004/18/CE, attribuiva la possibilità alle stazioni appaltanti di esigere condizioni particolari per l'esecuzione del contratto, anche attinenti a finalità di carattere sociale, fintanto che «compatibili con il diritto comunitario e, tra l'al-

---

<sup>7</sup> Si v. R. PETTINELLI, *La tutela dei lavoratori nella successione di imprenditori nel contratto di appalto tra clausole di riassorbimento della manodopera e trasferimento d'azienda*, WP CSDL E "Massimo D'Antona".IT - 425/2020, p. 13.

<sup>8</sup> Cfr. M. MARINELLI, *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 213-214.

<sup>9</sup> *Infra* par. 4.

<sup>10</sup> Nel settore privato, il legislatore si è invece limitato ad alcuni interventi *ad excludendum*, volti cioè a circoscrivere l'applicabilità di alcune discipline protettive, come quelle predisposte in caso di trasferimento d'azienda o di licenziamenti collettivi; in tal senso, G. ORLANDINI, voce *Clausole sociali [dir. lav. interno]*, in *Diritto on line*, [www.treccani.it](http://www.treccani.it), 2015. Fuori dall'ambito di applicazione del Codice dei contratti pubblici, la tutela della stabilità occupazionale è, dunque, interamente rimessa alla contrattazione collettiva; F. PANTANO, *Le clausole sociali*, cit., p. 153.

tro, con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità» e purché «precisate nel bando di gara, o nell'invito in caso di procedure senza bando, o nel capitolato d'oneri».

È di tale facoltà che le stazioni appaltanti si sono inizialmente servite per introdurre nei bandi di gara le prime clausole volte alla salvaguardia dei livelli occupazionali nel caso di successione di appalto, soprattutto nei settori ad alta intensità di manodopera<sup>11</sup>.

È però attraverso il successivo Codice che le esigenze di salvaguardia della stabilità occupazionale hanno trovato diretto recepimento in una disposizione di legge. Al contrario del precedente, il Codice del 2016 non si è, infatti, limitato ad una rigida trasposizione dell'art. 70 della Direttiva 2014/24/UE, che, come la precedente, dispone la facoltà delle stazioni appaltanti di prevedere condizioni per l'esecuzione riguardanti il perseguimento di fini sociali.

Andando oltre il tenore letterale della previsione europea, il d.lgs. n. 50 del 2016 si è fatto carico di promuovere l'introduzione nei bandi di gara di misure volte a garantire la stabilità occupazionale, attraverso il disposto dell'art. 50. Questo prevedeva «per gli affidamenti dei contratti di concessione e di appalto di lavori e servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale, con particolare riguardo a quelli relativi a contratti ad alta intensità di manodopera» l'inserimento, nel rispetto dei principi dell'Unione europea, nei bandi di gara, gli avvisi e gli inviti 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'articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81». La disposizione precisava altresì che «i servizi ad alta intensità di manodopera sono quelli nei quali il costo della

---

<sup>11</sup> Si v. S. COSTANTINI, *La finalizzazione sociale degli appalti pubblici. Le "clausole sociali" fra tutela del lavoro e tutela della concorrenza*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT - 196/2014, pp. 45 ss. Sulle clausole di seconda generazione nel Codice del 2006, v. anche M. IMPICCIATORE, *Appalti pubblici: clausole sociali e tutela del lavoro. Una fitta rete di interessi contrapposti, quale effettività?*, in M. T. CARINCI (a cura di), *Dall'impresa a rete alle reti d'impresa*, cit., pp. 367 ss.

manodopera è pari almeno al 50 per cento dell'importo totale del contratto».

A dire il vero, questa previsione era, inizialmente, declinata nei termini di una mera facoltà della stazione appaltante<sup>12</sup>. A seguito del “correttivo” del 2017<sup>13</sup>, l’inserimento di clausole di riassorbimento nei bandi di gara, negli avvisi ed inviti è invece divenuto un vero e proprio obbligo: mentre, infatti, nella sua formulazione originaria la norma si esprimeva in termini meramente possibilistici («possono inserire»), adottando il presente indicativo («inseriscono») la riforma del 2017 aveva reso obbligatoria<sup>14</sup> la previsione di «specifiche clausole sociali volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato»<sup>15</sup>.

La portata obbligatoria della disposizione era però circoscritta ai soli «affidamenti dei contratti di concessione e di appalto di lavori e servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale, con particolare riguardo a quelli relativi a contratti ad alta intensità di manodopera».

Proprio tale limitazione, benché espressa in termini ambigui<sup>16</sup>, ha però finito per consentire il diffondersi di interpretazioni restrittive dell’obbligo contenuto all’art. 50. Facendo leva sull’inciso «con particolare riguardo a quelli relativi a contratti ad alta intensità di manodopera», la giurisprudenza ha infatti

---

<sup>12</sup> In tal senso, v. ANAC, delibera del 18 gennaio 2017, n. 28, per cui l’originaria formulazione della disposizione riconosceva una mera facoltà della stazione appaltante di inserire le clausole, senza che la stessa fosse soggetta ad alcun obbligo motivazionale in caso di mancata apposizione.

<sup>13</sup> Art. 33 del decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56.

<sup>14</sup> 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, T. SCHULTEN (a cura di), *Social clauses in the implementation of the 2014 public procurement directives*, ETUC, Brussels, 2021, p. 51.

<sup>15</sup> La natura obbligatoria della previsione riguardava inizialmente i soli appalti “sopra soglia”. L’inserimento delle clausole sociali rimaneva invece una mera facoltà della stazione appaltante nell’ambito degli appalti “sotto soglia”, disciplinati dall’art. 36 del d.lgs. n. 50 del 2016. La disposizione è stata poi riformata dall’art. 8, co. 1, lett. a *bis*), decreto legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito con modificazioni dalla legge 11 settembre 2020, n. 120, che ha reso obbligatoria la previsione di clausole sociali anche nei bandi “sotto soglia”.

<sup>16</sup> L’ambiguo tenore letterale di tale parte della disposizione aveva spinto parte della dottrina ad escluderne l’efficacia precettiva; si v. F. PANTANO, *Le clausole sociali*, cit., p. 143.

ritenuto che l'obbligo di introdurre misure volte a incentivare la stabilità occupazionale riguardasse i soli contratti definiti dallo stesso art. 50 come «ad alta intensità di manodopera», cioè «quelli nei quali il costo della manodopera è pari almeno al 50 per cento dell'importo totale del contratto»<sup>17</sup>. Al di fuori degli appalti *labour intensive*, la scelta di inserire o meno le clausole di seconda generazione nei bandi di gara si riteneva fosse invece rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante<sup>18</sup>.

Altra questione posta dalla formulazione dell'art. 50 del vecchio Codice riguardava poi il rinvio che in esso veniva fatto ai contratti collettivi di settore di cui all'art. 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81.

Da una parte, la disposizione poneva un problema di coerenza con la clausola sociale di cui all'art. 30, co. 4, del d.lgs. n. 50 del 2016, in ragione delle difficoltà di decifrare il rinvio all'art. 51 del d.lgs. n. 81 del 2015<sup>19</sup>.

Dall'altra, era dubbia la funzione di tale rinvio alla contrattazione collettiva. Non era chiaro, cioè, se fosse richiesto alla pubblica amministrazione di inserire nei bandi una apposita clausola finalizzata a garantire il rispetto dei contratti collettivi o se, invece, il rinvio servisse a individuare una sorta di relazione tra le clausole contrattuali e le misure tese a garantire la

---

<sup>17</sup>Cons. Stato, sez. V, 28 agosto 2017, n. 4079, in *Giur. it.*, 2017, pp. 2715 ss., con nota di R. PROIETTI, *Le c.d. 'clausole sociali' ed il contemperamento fra valori di rilievo costituzionale*. In tal senso, in dottrina: L. RATTI, *Le clausole sociali di seconda generazione: inventario di questioni*, in *Riv. giur. lav.*, 2017, I, p. 478; W. GIULIETTI, *La tutela del lavoro nei contratti pubblici attraverso le clausole sociali*, in *Dir. econ.*, 2023, n. 1, p. 19; sul punto, v. anche E. CARUSO, *La funzione sociale dei contratti pubblici. Oltre il primato della concorrenza*, Jovene Editore, Napoli, 2021, p. 452.

<sup>18</sup>In tal senso si v. ANAC, delibera 13 febbraio 2019, n. 114, con cui sono state adottate le Linee guida n. 13, recanti «La disciplina delle clausole sociali»; per un commento alla delibera, v. A. AVINO, *La clausola sociale dopo le Linee guida ANAC n. 13*, in *Urbanistica e appalti*, 2019, pp. 308 ss.

<sup>19</sup>Sulla questione, v. F. PANTANO, *Le clausole sociali*, cit., p. 147; G. MARCHI, *Appalti pubblici e clausole sociali di stabilità occupazionale*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2019, pp. 149 ss.; A. BOSCATI, *Appalti pubblici e clausole sociali tra ordinamento interno e diritto dell'Unione Europea*, in A. BELLAVISTA, M. MARINELLI (a cura di), *Studi in onore di Alessandro Garilli*, Tomo I, Giappichelli, Torino, 2023, pp. 146 ss.

stabilità occupazionale da indicare nei bandi di gara e negli inviti *ex art.* 50<sup>20</sup>.

## *2. La ridefinizione delle clausole di stabilità occupazionale nel d.lgs. n. 36 del 2023*

Le principali questioni poste dall'art. 50 del d.lgs. n. 50 del 2016 sono state superate dall'entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici.

L'art. 57 del d.lgs. n. 36 del 2023<sup>21</sup>, pur mutuando l'obbligo previsto dal vecchio Codice, ne ha infatti ampliato significativamente la portata. Oggi, la disposizione, come da ultimo novellata dal d.lgs. n. 209 del 2024, prevede infatti che: «per gli affidamenti dei contratti di appalto di lavori e servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale e per i contratti di concessione, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti inseriscono nei bandi di gara, negli avvisi e inviti, nel rispetto dei principi dell'Unione europea, specifiche clausole sociali con le quali sono richieste, come requisiti necessari dell'offerta, misure orientate tra l'altro a: a) garantire le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate, la stabilità occupazionale del personale impiegato, tenuto conto della tipologia di intervento, con particolare riferimento al settore dei beni culturali e del paesaggio; b) garantire l'applicazione dei contratti collettivi nazionali e territoriali di settore, in conformità con l'articolo 11» (co. 1).

Unica eccezione all'obbligo è, dunque, oggi, quella relativa agli appalti di natura intellettuale. Per sua espressa previsione,

---

<sup>20</sup> A questa seconda lettura, aveva peraltro aderito parte della dottrina, secondo cui il rinvio ai contratti da individuare *ex art.* 51 del d.lgs. n. 81 del 2015 era da «intendersi nel senso che le imprese tenute all'applicazione del contratto collettivo nazionale osservano la prescrizione relativa all'assorbimento del personale uscente, anche a prescindere dalla previsione *ad hoc* inserita nella *lex specialis*»; così A. BOSCATI, *Appalti pubblici*, cit., p. 147. In tal senso, v. anche G. MARCHI, *Appalti pubblici*, cit., p. 149.

<sup>21</sup> Si segnala che la disposizione, nella sua formulazione oggi vigente, è stata oggetto di modifica ad opera dell'art. 21 del decreto legislativo 31 dicembre 2024, n. 209, senza, tuttavia, significativi stravolgimenti sul piano della stabilità occupazionale.

l'art. 57 si applica infatti solo ad appalti «diversi da quelli aventi natura intellettuale». L'obbligo di inserimento delle clausole<sup>22</sup> non può invece più ritenersi limitato ai soli appalti *labour intensive*<sup>23</sup>, essendo stato eliminato l'inciso «con particolare riguardo a quelli relativi a contratti ad alta intensità di manodopera».

Quale elemento di novità rispetto al passato le stazioni appaltanti sono però chiamate a calibrare le clausole «tenuto conto della tipologia di intervento, con particolare riferimento al settore dei beni culturali e del paesaggio»<sup>24</sup>. Resta fermo, inoltre, il vincolo relativo al rispetto dei principi dell'Unione Europea, già previsto nel d.lgs. n. 50 del 2016.

A venire meno nel testo dell'art. 57 è anche l'ambiguo rinvio ai contratti collettivi di settore di cui all'art. 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81. Prendendo le distanze dal precedente Codice, l'attuale formulazione dell'art. 57 chiarisce in maniera inequivoca che le clausole sociali da inserire nel bando di gara debbano essere specificatamente rivolte anche «all'applicazione dei contratti collettivi nazionali e territoriali di settore», individuati ai sensi dell'art. 11. Il riferimento ai contratti collettivi è, così, reso autonomo rispetto alle clausole di stabilità occupazionale e al loro contenuto. Ponendo fine alle ambiguità, il Codice chiarisce invece che è preciso obbligo della stazione appaltante anche quello di inserire nei bandi di gare apposite clausole finalizzate al rispetto dei contratti collettivi, indicati nel

---

<sup>22</sup> Va segnalato che, nonostante la lettera dell'art. 57, che prima della recente riforma recitava «i bandi di gara, gli avvisi e gli inviti [...] devono contenere», il giudice ordinario ha ritenuto che l'inserimento della clausola è una mera facoltà della stessa; Trib. Catanzaro, sez. I, 16 giugno 2024 n. 995, cit. Il carattere obbligatorio della previsione appare inequivocabile, invece, dopo la riforma operata dall'art. 21 del d.lgs. 31 dicembre 2024, n. 209, che ha reintrodotto il presente indicativo «inseriscono», riprendendo la formula dell'art. 50 del d.lgs. n. 50 del 2016.

<sup>23</sup> F. DI NOIA, *Le clausole sociali nel "nuovo" Codice dei contratti pubblici: conferme ed evoluzioni nel modello di tutela*, in *LPO*, 2023, p. 630.

<sup>24</sup> La formula, introdotta dal correttivo, ha sostituito quella precedentemente contenuta nel Codice per cui si richiedeva di tener conto nella calibrazione delle misure «della tipologia di intervento, in particolare ove riguardi il settore dei beni culturali e del paesaggio», su cui v. F. DI NOIA, *Le clausole sociali*, cit., p. 630.

bando (o comunque ritenuti equivalenti) in coerenza con l'art. 11 del Codice<sup>25</sup>.

Allo stesso tempo, il dovere di prevedere clausole sociali nei bandi di gara viene ampliato anche al fine di promuovere interessi diversi da quelli tradizionali di garanzia dell'equo trattamento e della stabilità occupazionale. Come meglio si vedrà, viene infatti esteso il novero di obiettivi sociali perseguibili attraverso i contratti pubblici<sup>26</sup>, affiancando a questi anche l'interesse per la sostenibilità ambientale<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> L'autonomia dell'obbligo è resa più evidente dopo le modifiche realizzate dal d.lgs. n. 209 del 2024, che è intervenuto sul testo dell'art. 57, distinguendo chiaramente l'obbligo di inserire misure volte all'applicazione del contratto collettivo (co. 1, lett. b) da quello di inserire misure volte a garantire le pari opportunità e la stabilità occupazionale (co. 1, lett. a). Dopo la riforma realizzata dall'art. 21 del d.lgs. n. 209 del 2024, la disposizione rinvia direttamente all'art. 11. Al contrario, nella sua versione originaria, l'art. 57 faceva un rinvio meramente indiretto all'art. 11, richiedendo che il contratto collettivo venisse individuato «tenendo conto, in relazione all'oggetto dell'appalto o della concessione e alle prestazioni da eseguire anche in maniera prevalente, di quelli stipulati dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e di quelli il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente». La differenza tra le due versioni non è solo formale: verosimilmente, nella sua prima formulazione, la disposizione mirava ad incentivare offerte in cui fosse stata prevista l'applicazione del contratto collettivo già individuato nel bando di gara, invece di un contratto equivalente. Tale finalità incentivante pare invece venuta meno con il cosiddetto "correttivo", che alla formula poc'anzi richiamata ha preferito fare un più diretto rinvio all'art. 11.

<sup>26</sup> L'art. 57 introduce, sempre al primo comma, anche il dovere delle stazioni appaltanti di inserire nei bandi di gara clausole sociali con cui vengano promosse «misure orientate tra l'altro a garantire le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate». Sul punto v. *infra* par. 7 e ss.

<sup>27</sup> L'art. 57, co. 2, prevede che «le stazioni appaltanti e gli enti concedenti contribuiscono al conseguimento degli obiettivi ambientali previsti dal Piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica amministrazione attraverso l'inserimento, nella documentazione progettuale e di gara, almeno delle specifiche tecniche e delle clausole contrattuali contenute nei criteri ambientali minimi, definiti per specifiche categorie di appalti e concessioni, differenziati, ove tecnicamente opportuno, anche in base al valore dell'appalto o della concessione, con decreto del Ministero dell'ambiente e della sicurezza energetica e conformemente, in riferimento all'acquisto di prodotti e servizi nei settori della ristorazione collettiva e fornitura di derrate alimentari, anche a quanto specificamente previsto dall'articolo 130. Tali criteri, in particolare quelli premianti, sono tenuti in considerazione anche ai fini della

### 3. Stabilità occupazionale e libertà d'impresa nelle interpretazioni giurisprudenziali

È indubbio che l'applicazione delle clausole di seconda generazione determini una compressione della libertà di impresa<sup>28</sup>. Rispondendo «all'esigenza di assicurare la continuità dell'occupazione nel caso di discontinuità dell'affidatario», le clausole di seconda generazione hanno invero l'effetto «di condizionare la libertà economica e i principi dell'economia di mercato al fine di perseguire interessi socialmente rilevanti, come il diritto al lavoro»<sup>29</sup>.

Oltre ai problemi ermeneutici, fin qui affrontati, anche con riguardo alle clausole di seconda generazione, si è così posta la questione relativa alla loro compatibilità con la libertà di impresa tutelata dall'art. 41 Cost.<sup>30</sup>.

Sul punto, ancora una volta, la giurisprudenza amministrativa ha scelto di adottare un atteggiamento di particolare cautela nell'interpretare le clausole inserite dalle stazioni appaltanti nei bandi pubblici, sia in applicazione della facoltà prevista dal Codice del 2006<sup>31</sup> che, successivamente, in attuazione dell'obbligo imposto dall'art. 50 del Codice del 2016.

Richiamando a supporto della loro interpretazione alcuni precedenti della Corte Costituzionale, a dire il vero non del tutto conferenti con la fattispecie in questione<sup>32</sup>, i giudici hanno

---

stesura dei documenti di gara per l'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'articolo 108, commi 4 e 5. Le stazioni appaltanti valorizzano economicamente le procedure di affidamento di appalti e concessioni conformi ai criteri ambientali minimi. Nel caso di contratti relativi alle categorie di appalto riferite agli interventi di ristrutturazione, inclusi quelli comportanti demolizione e ricostruzione, i criteri ambientali minimi sono tenuti in considerazione, per quanto possibile, in funzione della tipologia di intervento e della localizzazione delle opere da realizzare, sulla base di adeguati criteri definiti dal Ministero dell'ambiente e della sicurezza energetica».

<sup>28</sup> Fra gli altri, si v. E. GHERA, *Le c.d. clausole sociali*, cit., p. 146; L. RATTI, *Le clausole sociali*, cit., p. 479.

<sup>29</sup> Cons. Stato, sez. V, 25 gennaio 2024, n. 807, in *giustizia-amministrativa.it*.

<sup>30</sup> Per le questioni relative alla compatibilità costituzionale delle clausole sociali di equo trattamento, v. *supra* Cap. II, par. 6.

<sup>31</sup> Cfr. M. IMPICCIATORE, *Appalti pubblici*, cit., pp. 367 ss.

<sup>32</sup> Tanto in dottrina che in giurisprudenza vengono richiamate spesso alcune risalenti pronunce della Corte Costituzionale, riguardanti, però, casi del

ritenuto che la legittimità costituzionale delle clausole sociali «quale forma di tutela occupazionale ed espressione del diritto al lavoro (art. 35 Cost.)» possa essere fatta salva solo se queste vengano bilanciate con «quella libertà di impresa pure tutelata dall'art. 41 Cost.»<sup>33</sup>.

Ne consegue che «in una logica di contemperamento fra valori di rilievo costituzionale la compressione del diritto di libertà economica e di libera organizzazione imprenditoriale non può essere predicata in modo incondizionato». Questa compressione, al contrario, incontra precisi limiti, non potendosi spingere fino a imporre all'impresa «obblighi sostanzialmente riconducibili alle politiche attive del lavoro e in modo potenzialmente del

---

tutto peculiari, che non sembrano di per sé idonei ad escludere la compatibilità delle clausole di assorbimento con l'art. 41 Cost. Fra queste, in particolare, ad essere richiamata è la pronuncia Corte cost., 28 luglio 1993, n. 356, in G.U. 4 agosto 1993, n. 32, ove la Consulta ha rilevato il contrasto con l'art. 41 Cost. di una clausola di riassorbimento del personale prevista da una legge della Regione Siciliana, in quanto obbligo non gravante «su amministrazioni o enti di carattere pubblico» ma su imprenditori privati e, come tale, ritenuta idonea ad interferire con la libertà garantita dall'art. 41 Cost. Altra pronuncia spesso richiamata è Corte cost., 3 marzo 2011, n. 68, in G. U. 9 marzo 2011, n. 11. In questo secondo caso, la Consulta ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 25 della legge regionale della Regione Puglia 3 agosto 2007, n. 25 per violazione dell'art. 97 Cost., per cui i bandi di gara avrebbero dovuto prevedere «l'assunzione a tempo indeterminato del personale già utilizzato dalla precedente impresa o società affidataria dell'appalto nonché la garanzia delle condizioni economiche e contrattuali già in essere, ove più favorevoli». Dalla pronuncia può, però, dedursi che gli obblighi di riassunzione derivanti dalle clausole sociali non sono da ritenersi, in linea di principio, in contrasto con l'art. 41 Cost., dal momento che la censura della Corte riguardava, in realtà, solo l'imposizione del contratto a tempo indeterminato. In tal senso, cfr. M. LOZITO, *Le clausole di assorbimento della manodopera negli appalti privati tra vincoli costituzionali ed europei*, in M. T. CARINCI (a cura di), *Dall'impresa a rete alle reti d'impresa*, cit., pp. 309-310; R. PROIETTI, *Le c.d. 'clausole sociali' ed il contemperamento fra valori di rilievo costituzionale*, in *Giur. it.*, 2017, p. 2720; M. GIACONI, *L'impiego strategico degli appalti pubblici alla luce del d.lgs. 50/2016*, Aracne, Canterano (RM), 2019, pp. 145 ss. Altre pronunce richiamate nel dibattito sono, invece, ben più risalenti e riguardavano la diversa questione del cosiddetto imponibile di manodopera; fra queste, in particolare Corte Cost., 30 dicembre 1958, n. 78, in G. U. 31 dicembre 1958, n. 316.

<sup>33</sup> Cons. Stato, sez. V, 28 agosto 2017, n. 4079, cit. Nello stesso senso, v. Cons. Stato, sez. V, 25 gennaio 2024, n. 807, cit.

tutto svincolato dalle peculiarità - e dai vantaggi - connessi all'affidamento del singolo appalto»<sup>34</sup>.

Accanto al necessario bilanciamento con i valori costituzionali, la giurisprudenza domestica ha inoltre ritenuto di dover operare un contemperamento degli obblighi insorgenti dalle clausole di seconda generazione con il valore costituzionale attribuito alla libera concorrenza, non solo ricavabile quale riflesso della libertà di iniziativa economica privata riconosciuta dall'art. 41 Cost., ma anche in ragione della rilevanza costituzionale attribuita al diritto europeo *ex art. 11 Cost.*<sup>35</sup>.

Vero è infatti che le clausole sociali in questione possono ritenersi condizioni particolari di esecuzione dell'appalto in ragione di esigenze sociali ed occupazionali, consentite dall'art. 70, Direttiva 2014/24/UE<sup>36</sup>. Cionondimeno, il diritto europeo non ha cessato di rappresentare un argomento per limitare l'operatività delle stesse clausole, imponendo un contemperamento tra le esigenze occupazionali, da una parte, e i principi connessi alle libertà di stabilimento, di prestazione dei servizi, di concorrenza e di impresa, dall'altro<sup>37</sup>. Secondo talune letture, tali libertà potrebbero infatti essere pregiudicate, qualora si ammettesse un ampio margine di operatività alle clausole sociali di riassorbimento. Si tratta infatti di meccanismi ritenuti idonei a limitare la libera concorrenza<sup>38</sup> e di impedire agli imprenditori di ottenere eventuali guadagni tramite una diversa organizzazione del lavoro<sup>39</sup>.

Spinta dalla volontà di bilanciare le tutele sociali con i principi costituzionali ed europei, la giurisprudenza amministrativa

---

<sup>34</sup> Cons. Stato, sez. V, 28 agosto 2017, n. 4079, cit.

<sup>35</sup> Cons. Stato, sez. V, 25 gennaio 2024, n. 807, cit.

<sup>36</sup> D. CAPOTORTO, *Clausole sociali e moral hazard: la regolazione che punisce il virtuoso e premia l'opportunista*, in *Giorn. dir. amm.*, 2021, p. 49; A. BOSCATI, *Appalti pubblici*, cit., p. 145.

<sup>37</sup> C. Giust., Grande sez., 15 luglio 2010, C-271/08, *Commissione europea c. Repubblica federale di Germania*; C. Giust., 18 settembre 2014, C-549/13, *Bundesdruckerei GmbH c. Stadt Dortmund*.

<sup>38</sup> Un limite in tal senso è comunemente ricavato dalle risalenti pronunce C. Giust. 9 dicembre 2004, C-460/02, *Commissione c. Repubblica italiana* e C. Giust., 14 luglio 2005, C-386/03, *Commissione c. Repubblica federale di Germania*, relative a delle clausole di stabilità occupazionale nel settore dell'*handling* aeroportuale ritenute incompatibili con la Direttiva 1996/67/CE.

<sup>39</sup> Cfr. A. BOSCATI, *Appalti pubblici*, cit., p. 148.

ha così finito per adottare un'interpretazione "elastica" degli obblighi insorgenti dalle clausole sociali negli appalti pubblici, al pari di quanto accaduto con le clausole di equo trattamento.

E infatti, secondo un principio invalso nella giurisprudenza amministrativa, «l'obbligo di mantenimento dei livelli occupazionali del precedente appalto va contemperato 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»<sup>40</sup>.

Si è così escluso che dalle clausole contenute nei bandi di gara potesse sorgere «alcun obbligo per l'impresa aggiudicataria di un appalto pubblico di assumere a tempo indeterminato ed in forma automatica e generalizzata il personale già utilizzato dalla precedente impresa o società affidataria»<sup>41</sup>. E infatti, a prescindere dal mantenimento delle medesime condizioni per l'espletamento del nuovo appalto, l'appaltatore subentrante potrebbe comunque decidere di organizzare diversamente il servizio, impiegando una minore quantità di lavoro rispetto al precedente<sup>42</sup>.

---

<sup>40</sup> Così, *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 1 agosto 2023, n. 7444, in *giustizia-amministrativa.it*. Da ultimo, negli stessi termini v. Cons. Stato, sez. III, 10 febbraio 2025, n. 1012, in *giustizia-amministrativa.it*.

<sup>41</sup> Cons. Stato, sez. V, 12 febbraio 2020, n. 1066, in *giustizia-amministrativa.it*. Nello stesso senso, v. Cons. Stato, sez. III, 5 aprile 2013, n. 1896, Cons. Stato, sez. III, 30 marzo 2016, n. 1255, Cons. Stato, sez. V, 5 febbraio 2018, n. 731, tutte in *giustizia-amministrativa.it*. Si v. anche ANAC, delibera 13 febbraio 2019, n. 114, cit., secondo la quale: «il riassorbimento del personale è imponible nella misura e nei limiti in cui sia compatibile con il fabbisogno richiesto dall'esecuzione del nuovo contratto e con la pianificazione e l'organizzazione definita dal nuovo assuntore [...] a prescindere dalla fonte che regola l'obbligo di inserimento della clausola sociale (contratto collettivo, Codice dei contratti pubblici)».

<sup>42</sup> Per la giurisprudenza, «il plausibile obiettivo di favorire la continuità e la stabilità occupazionale dei lavoratori non può operare a detrimento delle proporzionate esigenze organizzative dell'impresa subentrante, la quale ritenga di potere ragionevolmente svolgere il servizio utilizzando una minore componente di lavoro rispetto al precedente gestore, e dunque ottenendo in questo modo economie di costi da valorizzare a fini competitivi nella procedura di affidamento»; Cons. Stato, sez. V, 4 maggio 2020, n. 2796, in *giustizia-amministrativa.it*. Sul punto v. anche Cons. Stato, sez. III, 10 maggio 2013, n. 2533, in *giustizia-amministrativa.it*, per cui: «se [...] la clausola sociale deve ritenersi inderogabile quando il servizio è organizzato dal nuovo gestore con le

In tal senso, le clausole di seconda generazione imposte dal bando di gara sono state lette come fonte di una sorta di mero diritto di “preferenza” del lavoratore beneficiario della clausola<sup>43</sup>, peraltro condizionato dalla compatibilità tra la nuova assunzione e l’organizzazione dell’impresa subentrante<sup>44</sup>. È infatti costante nella giurisprudenza amministrativa l’affermazione per cui la clausola sociale di seconda generazione «va interpretata nel senso che l’appaltatore subentrante deve prioritariamente assumere gli stessi addetti che operavano alle dipendenze dell’appaltatore uscente, a condizione che il loro numero e la loro qualifica siano armonizzabili con l’organizzazione d’impresa prescelta dall’imprenditore subentrante». Al contrario, «i lavoratori, che non trovano spazio nell’organigramma dell’appaltatore subentrante e che non vengano ulteriormente impiegati dall’appaltatore uscente in altri settori, sono destinatari delle misure legislative in materia di ammortizzatori sociali»<sup>45</sup>.

Coerentemente a tale impostazione, la giurisprudenza ha dunque ritenuto che le clausole da inserire nella *lex specialis* debbano essere formulate (e comunque interpretate) dalla stazione appaltante in modo da consentirne un’applicazione elastica e non rigida. La clausola che avesse l’effetto di escludere automaticamente l’offerta risulterebbe al contrario «senz’altro lesiva della concorrenza, scoraggiando la partecipazione alla gara e limitando ultroneamente la platea dei partecipanti»<sup>46</sup>.

---

stesse sostanziali modalità con le quali lo stesso servizio era organizzato dal gestore uscente, l’esigenza di dover rispettare la clausola sociale non può escludere una diversa organizzazione del lavoro e l’ausilio di nuovi strumenti tecnici o informatici, che non rendono più necessario l’utilizzo di tutto il personale già utilizzato per il servizio».

<sup>43</sup> F. PANTANO, *Clausole sociali, concorrenza, investimento pubblico e tutela del lavoro: dal Codice dei contratti pubblici al PNRR*, in *Federalismi.it*, 2022, n. 25, p. 178.

<sup>44</sup> In dottrina, v. D. CAPOTORTO, *Clausole sociali*, cit., p. 49; G. MARCHI, *Appalti pubblici*, cit., p. 148.

<sup>45</sup> Così Cons. Stato, sez. V, 16 giugno 2009, n. 3848, in *giustizia-amministrativa.it*. Nello stesso senso, v. Cons. Stato, sez. IV, 2 dicembre 2013, n. 5725; Cons. Stato, sez. III, 9 dicembre 2015, n. 5598, tutte consultabili in *giustizia-amministrativa.it*.

<sup>46</sup> Cons. Stato, sez. VI, 27 novembre 2014, n. 5890, in *giustizia-amministrativa.it*. In termini simili, Cons. Stato, sez. III, 5 maggio 2017, n. 2078, in *giustizia-amministrativa.it*.

Nei fatti, è stata così rimessa all'operatore economico la scelta circa le modalità di adempimento delle clausole previste dai bandi di gara, attraverso l'eventuale predisposizione di un "piano di riassorbimento"<sup>47</sup>, con il solo limite dell'adeguatezza e della congruità<sup>48</sup>.

Al nuovo appaltatore è stato così riservato un ampio margine di discrezionalità<sup>49</sup>, dandogli la possibilità di compiere scelte «opinabili e difficilmente sindacabili»<sup>50</sup>. Per le stazioni appaltanti non è, del resto, possibile procedere a una verifica in concreto delle valutazioni svolte dall'imprenditore sulla compatibilità tra il passaggio di personale e l'organizzazione di impresa.

Tale stato di cose ha così reso estremamente complesso riconoscere (e sanzionare) le ipotesi in cui gli operatori economici si fossero di fatto illegittimamente sottratti al rispetto degli obblighi derivanti dalle clausole, invocando a tal fine la propria libertà di impresa.

Del resto, anche nei casi in cui fosse stata riscontrata una violazione delle clausole previste dai bandi di gara, nella vigenza del precedente Codice, si sarebbero poste comunque incertezze circa il regime sanzionatorio applicabile.

Secondo una prima impostazione, l'eventuale violazione dell'obbligo imposto dalle clausole sociali avrebbe avuto rilevan-

---

<sup>47</sup> Per la giurisprudenza, è infatti rimessa all'operatore economico «la scelta sulle concrete modalità di attuazione della clausola, incluso l'inquadramento da attribuire al lavoratore, spettando allo stesso operatore formulare eventuale "proposta contrattuale" al riguardo, anche attraverso il cd. "progetto di assorbimento"» Cons. Stato, sez. 2 novembre 2020, n. 6761, in *giustizia-amministrativa.it*. Sulla questione v. V. CAIMI, S. SANSONETTI, *The social impact of public procurement*, Committee on Employment and Social affairs, Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies, European Parliament, Luxembourg, 2023, p. 114, ove si sottolinea come la giurisprudenza non solo abbia di fatto lasciato all'operatore economico la determinazione delle modalità di implementazione degli obblighi derivanti dalle clausole di stabilità occupazionale, ma gli abbia finanche rimesso la stessa scelta relativa alla predisposizione o meno di un piano di riassorbimento.

<sup>48</sup> Cons. Stato, sez. V, 5 aprile 2024, n. 3144, in *giustizia-amministrativa.it*. Nello stesso senso, v. Cons. Stato, sez. III, 18 settembre 2018, n. 5444, in *giustizia-amministrativa.it*.

<sup>49</sup> A. BOSCATI, *Appalti pubblici*, cit., p. 149.

<sup>50</sup> D. CAPORTORTO, *Clausole sociali*, cit., p. 50.

za solo nella fase esecutiva al fine della risoluzione del contratto<sup>51</sup>, ma non in sede di selezione dell'offerta<sup>52</sup>.

Altra parte della giurisprudenza ha invece attribuito alla violazione della clausola di riassorbimento un valore già nella fase di aggiudicazione<sup>53</sup>.

Il prevalere di tale seconda impostazione<sup>54</sup> ha, però, finito per avere degli effetti negativi sull'andamento delle gare pubbliche. Gli operatori economici sono infatti stati «indotti a dichiararsi disponibili a osservare la clausola», al fine di evitare l'esclusione dalla gara, nella consapevolezza di poter comunque «agevolmente disattendere i relativi precetti allegando condizioni di efficienza nel piano di assorbimento o in sede di avvio del servizio mediante il richiamo alle proprie intime e pressoché imperscrutabili esigenze imprenditoriali»<sup>55</sup>.

Orbene, rispetto a tale stato di cose, riferibile al precedente Codice, l'attuale regime delineato dal Codice del 2023 sembra portatore di alcune novità.

In particolare, il d.lgs. n. 36 sembra ridurre, almeno in parte, le incertezze relative alle conseguenze della violazione degli obblighi di riassorbimento gravanti sugli appaltatori<sup>56</sup>.

L'art. 57 chiarisce infatti che le misure orientate a garantire la stabilità occupazionale devono essere richieste «come requisiti necessari dell'offerta». Inoltre, l'art. 102, co. 2, impone altresì all'operatore economico di indicare nell'offerta le modalità con le quali intende adempiere agli impegni ad esso imposti, fra cui

---

<sup>51</sup> *Ivi*, p. 52. Sul punto v. anche W. GIULIETTI, *La tutela del lavoro*, cit., pp. 25 ss.

<sup>52</sup> Cons. Stato, sez. III, 9 luglio 2013, n. 3639, in *onelegale.wolterskluwer.it*.

<sup>53</sup> La mancata volontà di rispettare gli obblighi derivanti dalla clausola, desumibile dalla proposta dell'operatore economico, è stata infatti ritenuta «indice sintomatico di ulteriori vizi dell'offerta medesima», rilevante dunque ai fini della valutazione di anomalia; Cons. Stato, sez. III, 5 maggio 2017, n. 2078, in *onelegale.wolterskluwer.it*.

<sup>54</sup> È questa la posizione adottata anche dall'ANAC, delibera 13 febbraio 2019, n. 114, cit.

<sup>55</sup> D. CAPOTORTO, *Clausole sociali*, cit., p. 53. Su tale questione, si v. anche R. CARANTA, S. FICHERA, *Il nuovo codice degli appalti pubblici e le tutele sociali dal punto di vista dell'amministrativista*, in *Riv. giur. lav.*, 2024, I, p. 45.

<sup>56</sup> *Contra* R. CARANTA, S. FICHERA, *Il nuovo codice*, cit., p. 45, per cui il nuovo Codice è rimasto sostanzialmente equivalente.

quello di «garantire la stabilità occupazionale del personale impiegato» (co. 1, lett. a).

Per un verso, dunque deve ritenersi che la non accettazione delle clausole (così come la mancata indicazione nell'offerta delle modalità con cui si intendono rispettare gli obblighi imposti dalle clausole sociali) rilevi anche in sede di selezione dell'offerta<sup>57</sup>, ai fini dell'esclusione dalla gara<sup>58</sup>. L'operatore economico non potrebbe più, dunque, limitarsi a dichiarare di accettare la clausola sociale, dovendo indicare nell'offerta anche le concrete modalità con cui intende darvi seguito, in modo che la stazione appaltante possa verificare la congruità dell'offerta<sup>59</sup>.

Per altro verso, gli impegni che gli operatori economici dichiarano di assumere anche al fine di garantire la stabilità occupazionale assurgono, ai sensi dell'art. 102, altresì a «veri e propri obblighi contrattuali da rispettare in fase di esecuzione dei contratti pubblici, pena la risoluzione di questi per inadempimento»<sup>60</sup>. E infatti, alla luce del disposto dell'art. 102, le specifiche modalità indicate nell'offerta con cui si intendono rispet-

---

<sup>57</sup> E infatti, per la giurisprudenza, «l'utilizzo dell'espressione "requisiti necessari dell'offerta" deve necessariamente indurre a ritenere che, nel contesto delineato dal Terzo Codice, il documento esplicitante la modalità con cui l'operatore intende adempiere alla clausola sociale (nel caso, alla stabilità occupazionale) rappresenta un requisito imprescindibile dell'offerta, talché la sua carenza determina lacuna dell'offerta stessa, svolgendo, in tal senso, una funzione assimilabile a quella che, relativamente all'offerta economica, svolge l'indicazione dei costi di manodopera o degli oneri di sicurezza non interferenziali, entrambi necessari, in funzione integrativa della dichiarazione d'offerta economica»; TAR Lazio, sez. II, 26 giugno 2025 n. 12690, in *giustizia-amministrativa.it*.

<sup>58</sup> La giurisprudenza ha ritenuto che la stazione appaltante possa anche richiedere, a pena di esclusione, di produrre idonea documentazione attestante le specifiche modalità con cui i partecipanti alla gara intendessero adempiere agli impegni di cui all'art. 102, co. 1, cit. TAR Puglia Lecce, sez. I, 6 giugno 2024, n. 750, in *giustizia-amministrativa.it*.

<sup>59</sup> In tal senso, si è espresso di recente il TAR Lazio, sez. II, 26 giugno 2025 n. 12690, cit., secondo cui la verifica della stazione appaltante va condotta «anche allo scopo di apprezzare la correttezza del costo della manodopera indicato nell'offerta economica, che risente della modalità con cui si attua il riassorbimento, nonché la capacità realizzativa del progetto tecnico e la corretta applicazione della clausola sociale».

<sup>60</sup> TAR Campania Napoli, sez. VII, 31 ottobre 2024, n. 5830, in *giustizia-amministrativa.it*.

tare gli obblighi assunti sono da ritenersi «parte integrante dell'offerta [...] destinate a diventare obbligazioni contrattuali»<sup>61</sup>.

Si tratta di una circostanza che dovrebbe dissuadere gli operatori economici dall'assumere degli impegni che poi gli stessi non siano disposti a rispettare. A seguito dell'aggiudicazione, questi non potrebbero infatti più legittimamente invocare la libertà d'impresa per liberarsi degli obblighi assunti con l'offerta. Laddove ciò avvenisse si tratterebbe di una violazione degli obblighi contrattuali, sanzionabile nella fase esecutiva attraverso la risoluzione del contratto.

Beninteso, ciò non significa che il nuovo Codice abbia in qualche modo l'effetto di vincolare gli operatori economici a obblighi più rigidi. È l'offerente che deve comunque dichiarare quali siano le modalità con cui intende garantire il rispetto delle clausole sociali imposte dai bandi. E, oggi come ieri, a tal fine, potrebbe ritenersi finanche sufficiente la mera allegazione del piano occupazionale dell'impresa, in cui venga fotografato lo stato dell'organico al momento di partecipazione alla gara<sup>62</sup>.

La differenza rispetto al passato sta, dunque, nel fatto che l'operatore economico che voglia sottrarsi agli obblighi di riassorbimento in relazione alle proprie esigenze organizzative deve dichiararlo già nell'offerta, in modo di poter consentire alla stazione appaltante di compiere le necessarie verifiche, anche in termini di congruità dei costi della manodopera. La libertà organizzativa non potrebbe, invece, più essere invocata, al fine di liberarsi dall'obbligo assunto, in sede di esecuzione.

In questi termini, se il nuovo Codice contribuisce, per certi versi, a superare il rischio di dichiarazioni opportunistiche degli operatori economici, lo stesso non è comunque in grado di evitare che le loro scelte svuotino nei fatti le clausole della loro funzione di garanzia della stabilità occupazionale, adducendo la libertà di organizzazione a motivo del sostanziale inadempimento della clausola.

---

<sup>61</sup> *Ibidem*. Nello stesso senso, v. anche TAR Lazio, sez. II, 26 giugno 2025 n. 12690, cit., secondo cui «l'indicazione contenuta nel progetto di riassorbimento obbliga l'operatore economico al rispetto di quanto ivi dichiarato nei confronti della stazione appaltante, contribuendo, in definitiva, a palesare, per altro verso, la serietà e l'attendibilità dell'offerta stessa».

<sup>62</sup> Così, TAR Campania Napoli, sez. I, 5 settembre 2024, n. 4825, in *giustizia-amministrativa.it*.

L'art. 57 non introduce del resto alcun meccanismo che possa servire ad evitare il bilanciamento tra gli obblighi imposti dalle clausole sociali e la libertà organizzativa.

Anche le clausole adottate in ossequio al nuovo Codice sembrano così esposte al bilanciamento con le libertà di impresa e di concorrenza. Tanto è già avvenuto nelle prime pronunce giurisprudenziali relative all'art. 57, ove i giudici hanno avuto modo di interpretare la nuova disposizione in sostanziale continuità con il passato<sup>63</sup>, sottoponendo i doveri di riassorbimento al necessario contemperamento con la libertà d'impresa<sup>64</sup>.

In questi termini, la riforma delle clausole sociali di seconda generazione, avvenuta con il nuovo Codice, non sembra portatrice di un'innovazione assimilabile a quella compiuta dall'art. 11 con riguardo alla tutela dell'equo trattamento. Infatti, l'art. 11, pur ponendo delle importanti questioni interpretative, pare andare nel senso di superare le interpretazioni più caute adottate dalla giurisprudenza amministrativa della clausola di equo trattamento contenuta nel precedente Codice<sup>65</sup>.

Lo stesso non può invece dirsi che con riguardo alle questioni aperte dalle clausole di stabilità occupazionale. E infatti, come in passato, l'attuale Codice prevede l'inserimento di clausole volte a garantire l'occupazione, adottando una definizione teleologica che nulla dice rispetto al contenuto delle clausole<sup>66</sup>, così

---

<sup>63</sup> Si v. TAR Puglia Bari, sez. II, 13 gennaio 2025, n. 31, in *giustizia-amministrativa.it*, che esplicita la volontà di dare continuità all'indirizzo giurisprudenziale formatosi in vigenza del precedente Codice, richiedendo una lettura "elastica" delle clausole sociali.

<sup>64</sup> Oltre alle pronunce citate nelle note precedenti, v. Cons. Stato, sez. V, 3 gennaio 2025, n. 26, in *giustizia-amministrativa.it*, ove si precisa che gli artt. 57 e 102 vadano intesi in termini di sostanziale coincidenza con le previsioni del precedente Codice, «indicando l'impegno dell'appaltatore subentrante a riassorbire i lavoratori impiegati nella gestione dell'appalto da parte del precedente affidatario, nel rispetto della libertà di organizzazione dell'impresa (costituzionalmente tutelata: art. 41 Cost.) e in conformità ai principi europei in materia di tutela della concorrenza, evitando di attribuirle [n.d.r. alla clausola sociale] un effetto automaticamente e rigidamente escludente». In senso conforme, v. TAR Puglia Bari, sez. II, 18 aprile 2025, n. 556, in *giustizia-amministrativa.it*, che richiama tale precedente del Consiglio di Stato.

<sup>65</sup> V. *supra* Cap. II, par. 3 e ss.

<sup>66</sup> Sul punto, si v. F. DI NOIA, *Le clausole sociali*, cit., p. 632, per cui la vaghezza delle disposizioni in parola è dovuta alla necessità di rispettare i limiti provenienti dal diritto europeo.

indirettamente consentendo la sopravvivenza dell'indirizzo giurisprudenziale tendente ad escludere che queste possano imporre la riassunzione integrale della forza-lavoro o altri vincoli ritenuti troppo rigidi<sup>67</sup>.

In tale aspetto, il nuovo Codice risulta un'occasione mancata per imporre obblighi di riassorbimento più stringenti in capo agli operatori economici<sup>68</sup>.

Al fine di evitare l'evasione dagli obblighi e garantire l'effettivo rispetto delle misure tese alla salvaguardia dell'occupazione, un incentivo potrebbe però essere introdotto dalle stesse stazioni appaltanti.

In tal senso, le amministrazioni potrebbero, ad esempio, prevedere dei criteri premiali per gli offerenti che garantiscano la riassunzione dei lavoratori coinvolti nello stesso appalto<sup>69</sup>.

Questa è, ad esempio, la soluzione adottata dalla Regione Puglia, con la legge regionale 30 maggio 2024, n. 19, che annovera espressamente tra i criteri qualitativi premiali l'aver assun-

---

<sup>67</sup> Rispetto al precedente Codice, cfr. A. BOSCATI, *Appalti pubblici*, cit., p. 146.

<sup>68</sup> In tal senso, si muoveva la proposta n. 1423, presentata alla Camera dei Deputati il 6 dicembre 2018, che suggeriva di sostituire il testo dell'art. 50 del d.lgs. n. 50 del 2016, prevedendo espressamente l'inserimento nei bandi di «specifiche clausole sociali volte a subordinare l'esito positivo della gara alla garanzia della piena stabilità occupazionale del personale impiegato, prevedendo inoltre l'applicazione da parte dell'aggiudicatario delle condizioni di orario e di retribuzione proprie dei contratti collettivi di settore di cui all'articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81, e comunque non peggiorative rispetto a quelle previste dalla contrattazione collettiva applicata dall'impresa cessante». Sull'opportunità della riforma, v. A. BELLAVISTA, *Appalti e tutela dei lavoratori*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 454/2022, p. 13. Anche un recente studio sovvenzionato dallo stesso Parlamento Europeo ha raccomandato all'Italia di rendere la presentazione di un piano per l'assorbimento del personale dell'appaltatore uscente un elemento obbligatorio dell'offerta; così V. CAIMI, S. SANSONETTI, *The social impact*, cit., p. 119.

<sup>69</sup> Si tratta di una soluzione che ha già passato il vaglio della giurisprudenza amministrativa. Questa ha, infatti, ritenuto legittime le eventuali premialità elaborate dalla stazione appaltante che consistano «nell'attribuire il maggior punteggio a chi [abbia] assorbito risorse umane in numero superiore ai minimi di legge, assicurando ad esse mansioni e inquadramento analoghi a quelli precedenti, in modo da garantire la massima continuità nell'esecuzione dell'appalto»; TAR Campania Napoli, sez. I, 20 settembre 2023, n. 5155, in *giustizia-amministrativa.it*. Sul punto e per una ricostruzione di orientamenti simili, v. C. DAMIANO, *Clausola sociale nel nuovo Codice degli appalti*, in *Dir. prat. lav.*, 2023, pp. 2573-2574.

to «l'obbligo di assorbimento di tutto il personale già impiegato dall'appaltatore uscente, da parte dell'appaltatore subentrante nei procedimenti di cambio appalto [...] al fine dell'attuazione della clausola sociale sottoscritta dal medesimo»<sup>70</sup>.

Un certo sforzo in tal senso si rinviene anche nelle iniziative sindacali successive al nuovo Codice. Se si guarda, in particolare, al Protocollo stipulato tra il Comune di Firenze ed i sindacati CGIL, CISL e UIL, sottoscritto in data 21 maggio 2024, questo introduce la possibilità di prevedere «nella documentazione di gara, un punteggio tecnico premiante per gli offerenti che effettivamente garantiranno la riassunzione di tutte le lavoratrici e i lavoratori almeno alle stesse condizioni dell'appalto precedente, sia in termini di ore di lavoro previste che di trattamenti contrattuali».

A dire il vero, il protocollo prevede anche l'impegno del Comune per cui i bandi di gara dallo stesso indetti «dovranno contenere, per i contratti di durata, specifiche clausole sociali relativamente al riassorbimento complessivo della manodopera già impiegata nell'appalto». Il protocollo sembra, così, promuovere clausole tendenti a imporre un vero e proprio obbligo di riassorbimento del personale già impiegato nel precedente appalto. Tuttavia, al contrario dei criteri premiali, obblighi di riassorbimento più stringenti, come quelli prospettati dal citato protocollo, rischiano pur sempre di incorrere nella "scure" della giurisprudenza amministrativa, ad oggi costante nell'operare un bilanciamento tra le libertà di impresa e le esigenze di stampo sociale.

#### *4. Le misure di stabilità occupazionale tra legge e contrattazione collettiva*

Accanto alle previsioni legali ed alle corrispondenti disposizioni dei bandi di gara, tutt'oggi, la contrattazione collettiva dispone un ampio novero di clausole volte a salvaguardare i livelli occupazionali nel caso di fenomeni di cambio di appalto.

---

<sup>70</sup> Art. 5, co. 1, lett. h), Legge regionale Regione Puglia 30 maggio 2024, n. 19. Per una panoramica dei contenuti della legge, v. *supra* Cap. I, par. 8.

Si tratta di disposizioni dal contenuto eterogeneo, che impongono vincoli più o meno stringenti in capo alle imprese<sup>71</sup>.

Alcune dispongono obblighi di informazione e consultazione nei confronti del sindacato<sup>72</sup>, con l'obiettivo di monitorare gli effetti scaturenti dalla successione d'appalto sui lavoratori impiegati ed eventualmente individuare delle soluzioni per risolvere i problemi occupazionali<sup>73</sup>.

Altri contratti collettivi non si limitano a prevedere uno spazio di confronto sindacale, ma si spingono a un vero e proprio obbligo di riassunzione della forza lavoro. In particolare, nei casi in cui il cambio d'appalto avvenga a parità di condizioni contrattuali, viene imposto dai contratti il mantenimento delle medesime condizioni di lavoro e dei medesimi livelli occupazionali<sup>74</sup>. In questo caso, le disposizioni contrattuali non si limitano

---

<sup>71</sup> Per una ricostruzione del contenuto di tali clausole anche in prospettiva diacronica, si v.: M. MARINELLI, *Decentramento produttivo*, cit., pp. 213 ss.; A. ADINOLFI, G. ESPOSITO, *Subentro di nuovo appaltatore e garanzie per i lavoratori occupati*, in *Dir. prat. lav.*, 2015, pp. 937 ss.; G. A. RECCHIA, *Cambio appalto*, cit., pp. 235 ss.; G. CAVALLINI, M. HAMDAN, *Clausole sociali e tutela dell'occupazione nella successione degli appalti pubblici e privati*, in *Riv. giur. lav.*, 2023, II, pp. 187 ss.

<sup>72</sup> Un esempio si rinviene all'art. 5 *bis* del CCNL per gli addetti ai lavori di sistemazione idraulico-forestale e idraulico-agraria (Agci Agrital, Amministrazioni Pubbliche, Confcooperative-Fedagripesca, Confcooperazione Italiana Comunità Forestali-Federforeste, Legacoop Agrolimentare), firmato il 9 dicembre 2021 e in vigore dall'1 gennaio 2021 fino al 31 dicembre 2024, per cui: «in caso di cambio di appalto, l'Azienda cessante, con la massima tempestività e comunque prima dell'evento, comunicherà la cessazione della gestione dell'appalto alle RSU/RSA o alle OO.SS. firmatarie del presente CCNL competenti per territorio, fornendo tutte le informazioni» (co. 6).

<sup>73</sup> Il CCNL imprese radiotelevisive private multimediali - Confindustria Radiotelevisioni del 26 maggio 2022, in vigore per il periodo 31 dicembre 2020-31 dicembre 2024 prevede, all'art. 6, che in caso di gravi crisi occupazionali, collegate a cambio di appalti tecnici strutturali e di lunga durata, l'impresa committente debba convocare un incontro, su richiesta delle organizzazioni sindacali stipulanti il contratto, entro 30 giorni, con il duplice fine di approfondire le ragioni del cambio di appalto e di rinvenire soluzioni alternative alle crisi occupazionali.

<sup>74</sup> Un esempio si ha nell'art. 4 del CCNL pulizie e multiservizi - Legacoop, Confcooperative, Agci, Unionservizi Confapi, firmato in data 13 giugno 2025, con validità dall'inizio dell'anno fino al 31 dicembre 2028. Un simile schema è, inoltre, previsto anche dall'art. 37 del CCNL Cooperative sociali - da Ance, Legacoop Produzione e Servizi, Confcooperative Lavoro e Servizi, Agci Produzione

ad aprire uno spazio di confronto sindacale, ma fondano un vero e proprio obbligo a contrarre dell'appaltatore subentrante<sup>75</sup>, a fronte del quale il lavoratore vanta, invece, un vero e proprio diritto soggettivo alla riassunzione<sup>76</sup>. Quest'ultimo, in caso di mancato adempimento dell'obbligo da parte del nuovo imprenditore, può essere fatto valere in giudizio dal lavoratore attraverso una sentenza che produca gli effetti del contratto di lavoro non stipulato *ex art. 2932 c.c.*, quale beneficiario di un contratto a favore di terzo *ex art. 1411 c.c.*<sup>77</sup>.

Nella differente ipotesi in cui il cambio di appalto comporti un mutamento delle condizioni contrattuali, le stesse clausole impongono in capo all'imprenditore subentrante il rispetto di taluni obblighi procedurali<sup>78</sup>. L'obiettivo è quello di trovare un equilibrio tra le istanze dei lavoratori e le esigenze organizzative dell'impresa, attraverso l'attivazione di uno spazio di confronto sindacale, quando non sia possibile il mantenimento dei medesimi livelli occupazionali<sup>79</sup>. In questa seconda ipotesi,

---

e Lavoro, firmato in data 5 marzo 2024, con validità dal 1 febbraio 2025 al 30 giugno 2028.

<sup>75</sup> La giurisprudenza è costante nell'affermare la natura obbligatoria e non meramente programmatica delle clausole in questione; si v. ad esempio Cass. civ., sez. lav., 28 luglio 2016, n. 15684, in *onegale.wolterskluwer.it*.

<sup>76</sup> Cfr. Cass. civ., sez. lav., 27 novembre 2023, n. 32805, in *onegale.wolterskluwer.it*.

<sup>77</sup> In tal senso, v. M. MARINELLI, *Decentramento produttivo*, cit., pp. 222 ss. Sulla natura delle clausole di seconda generazione come clausole a favore di terzo, in giurisprudenza v. Pret. Catania, 5 agosto 1995, in *Giust. civ.*, 1996, I, pp. 3301 ss., con nota di G. RICCI, *Subingresso nell'appalto, clausola di riassunzione "parziale" e tutela dei lavoratori pretermessi*; Cass. civ., sez. lav., 26 giugno 2009, n. 15073, in *onegale.wolterskluwer.it*; Cass. civ., sez. lav., 6 luglio 2022, n. 21447, in *onegale.wolterskluwer.it*. La stessa tutela può essere ottenuta quando, nonostante la clausola preveda obblighi procedurali, dalla stessa sia già ricavabile «l'obbligo di assunzione [...] definito in tutti i suoi elementi dalla normativa collettiva» senza che siano necessarie «ulteriori integrazioni di carattere negoziale» ovvero l'assolvimento di obblighi di comunicazione come quelli relativi alle liste dei lavoratori, essendo sufficienti l'individuazione dei criteri di selezione del personale; Cass. civ., sez. lav., 20 febbraio 2023, n. 5260, in *onegale.wolterskluwer.it*.

<sup>78</sup> Esempio di tale soluzione si rinviene nei già citati art. 4 del CCNL pulizie e multiservizi - Legacoop, Confcooperative, Agci, Unionservizi Confapi, e art. 37 del CCNL Cooperative sociali - da Ance, Legacoop Produzione e Servizi, Confcooperative Lavoro e Servizi, Agci Produzione e Lavoro.

<sup>79</sup> A. RICCOBONO, *Cambio d'appalto*, cit., p. 642.

l'insorgenza del diritto ad essere assunti è condizionata al previo esperimento delle trattative: solo una volta definiti i criteri di selezione e il numero dei lavoratori da riassumere<sup>80</sup> il lavoratore che sia in possesso di tali requisiti vanterà un diritto ad essere riassunto<sup>81</sup>. Laddove tali criteri non siano stati definiti e la fonte collettiva non preveda un grado di determinatezza tale da consentire il ricorso al rimedio di cui all'art. 2932 c.c., il lavoratore può aspirare alla sola tutela risarcitoria<sup>82</sup>.

In tale caso, l'impresa potrebbe, peraltro, decidere di non stipulare alcun accordo con i sindacati. In questa ipotesi, l'appaltatore subentrante non è infatti gravato da alcun obbligo di contrarre, ma solo da quello di trattare secondo correttezza e buona fede<sup>83</sup>, al quale è chiamato a conformarsi anche nei suoi rapporti con i lavoratori. E infatti, qualora l'impresa decidesse di riassumere una parte del personale, anche in assenza di intesa con i sindacati, questa avrebbe l'onere di selezionare il personale secondo criteri oggettivi e comunque resi conoscibili ed intendibili ai lavoratori, proprio in ossequio a un più generale dovere di correttezza<sup>84</sup>.

---

<sup>80</sup> Cfr. G. RICCI, *Subingresso nell'appalto, clausole di riassunzione "parziale" e tutela dei lavoratori pretermessi*, in *Giust. Civ.*, 1996, I, pp. 3306 ss.

<sup>81</sup> In tali ipotesi, lo stesso lavoratore che agisce in giudizio per richiedere l'accertamento del diritto all'assunzione ha l'onere di dimostrare che sulla base dei criteri così definiti la scelta sarebbe dovuta ricadere su di lui; Cass. civ., 9 febbraio 2016, n. 2523, in *onelegale.wolterskluwer.it*; Cass. civ., 6 luglio 2022, n. 21447, cit.

<sup>82</sup> Cass. civ., sez. lavoro, 5 agosto 2010, n. 18277, in *onelegale.wolterskluwer.it*. Secondo parte degli interpreti, in questi casi, l'appaltatore subentrante dovrebbe infatti essere chiamato a rispondere di un danno da perdita di *chance* dovuto alla mancata riassunzione; M. M. MUTARELLI, *Gli effetti delle clausole*, cit., p. 345. Sulla questione v. G. A. RECCHIA, *Cambio appalto*, cit., p. 250; F. DI BONO, *Cambio di appalto e mancata assunzione*, cit., p. 327.

<sup>83</sup> Della eventuale violazione di tale dovere potrebbe essere chiamata a rispondere ex art. 28 St. lav.; cfr. G. A. RECCHIA, *Cambio appalto*, cit., p. 241; F. BASENGHI, *Decentramento organizzativo e autonomia collettiva*, in AIDLASS, *Frammentazione organizzativa e lavoro: rapporti individuali e collettivi. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro. Cassino 18-19 Maggio 2017*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 247; D. BUONCRISTIANI, *Forme di tutela del lavoratore "ereditato" nel cambio di gestione di appalti labour intensive*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, I, pp. 165 ss.

<sup>84</sup> Cass. civ., sez. lav., 2 luglio 2024, n. 18114, in *onelegale.wolterskluwer.it*.

A prescindere dal loro contenuto, le dette clausole trovano un significativo limite operativo nella fonte che le regola. E infatti, in ragione della loro natura pattizia, le clausole contrattuali non sono in grado di esplicare effetti nei confronti dell'imprenditore subentrante che non applichi il contratto collettivo che le prevede. Il diritto dei lavoratori ad essere riassunti, così come le altre tutele previste dalle clausole contrattuali, sono dunque di fatto garantiti solo se previsti dal contratto collettivo applicato dall'appaltatore subentrante<sup>85</sup>.

I lavoratori potrebbero così godere del diritto ad essere riassunti anche quando il contratto applicato dall'appaltatore uscente nulla preveda in materia, essendo a tal fine sufficiente che l'obbligo sia disposto dal contratto applicato dal subentrante. Qualora quest'ultimo nulla preveda, i lavoratori non godrebbero di alcun diritto alla riassunzione, nonostante le eventuali previsioni del CCNL applicato dal datore di lavoro/appaltatore uscente<sup>86</sup>.

---

<sup>85</sup> Si segnala che le dette clausole sono, tendenzialmente, declinate dalla contrattazione collettiva per applicarsi a prescindere dalla natura pubblica o privata dell'appalto in questione; cfr. G. A. RECCHIA, *Cambio appalto, occupazionale e contrattazione collettiva*, cit., p. 248. Sottolinea la limitata efficacia delle clausole rispetto ai soggetti obbligati al rispetto del CCNL anche: F. BASENGHI, *Decentramento organizzativo*, cit., p. 244. Sul punto v. anche G. FAVALLI, A. TESTA, *Clausole sociali negli appalti: tra normativa e prassi*, in *Dir. prat. lav.*, 2023, p. 2233.

Una significativa eccezione a tale indifferenza delle clausole di natura pattizia rispetto alla natura pubblica o privata del contratto si incontra nei contratti del settore metalmeccanico, che prevedono una specifica disciplina dedicata ai contratti pubblici. Così, il CCNL per i dipendenti dalle aziende metalmeccaniche e della installazione di impianti – Federmeccanica, Assistal, scaduto il 30 giugno 2024 e attualmente oggetto di trattativa per il rinnovo, prevede un'articolata procedura, disciplinata dall'art. 10 Titolo I, Sez. IV del contratto espressamente dedicata ai «contratti pubblici di servizi». Tale procedura passa da una fase di confronto e consultazione sindacale e dispone l'obbligo dell'appaltatore di riassumere i «lavoratori con contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato impiegati in via continuativa ed esclusiva nell'appalto che risultino in forza alla scadenza del contratto di appalto da almeno 6 mesi prima della predetta scadenza», nel caso in cui il cambio di appalto avvenga a parità di condizioni. Quando così non sia, si prevede invece un esame congiunto delle parti sociali volto ad «armonizzare le mutate esigenze tecnico-organizzative dell'appalto con il mantenimento dei livelli occupazionali».

<sup>86</sup> M. M. MUTARELLI, *Gli effetti delle clausole*, cit., pp. 340-341.

È proprio con l'obiettivo di superare tali limiti che, nella disciplina dei contratti pubblici, sono state introdotte delle disposizioni *ad hoc* al fine di obbligare le stazioni appaltanti a prevedere già nei bandi di gara delle misure volte a salvaguardare la continuità occupazionale<sup>87</sup>, in modo da imporre vincoli alle imprese a prescindere dalle eventuali previsioni dei contratti collettivi da esse applicati.

Oggi, il bando che mancasse di simili misure sarebbe da ritenersi viziato<sup>88</sup> e, dunque, potenzialmente impugnabile da parte dei lavoratori che ne avessero interesse, oltre che dagli altri concorrenti<sup>89</sup>.

Il problema che si è posto (e che rimane attuale anche nell'attuale Codice) è, tuttavia, quello relativo al rapporto tra le clausole contenute nella *lex specialis*, in adempimento dell'obbligo previsto dal Codice, e quelle eventualmente previste dalla contrattazione collettiva, non essendo affatto detto che fra le due ci sia un rapporto di coincidenza o compatibilità.

Come si è avuto modo di osservare, in passato, la vecchia formulazione della disposizione aveva spinto parte della dottrina a ritenere che il contenuto dell'obbligo andasse definito *per relationem*, in ragione del rinvio alla contrattazione collettiva<sup>90</sup>. Nel testo dell'art. 57 il riferimento alla contrattazione collettiva è invece del tutto sganciato dalla definizione del contenuto delle misure tese alla stabilità occupazionale<sup>91</sup>.

È vero che ragioni di coerenza dovrebbero spingere, comunque, le stazioni appaltanti a inserire clausole di contenuto non dissimile rispetto a quelle previste nei contratti collettivi individuati nei bandi di gara, secondo quanto previsto dall'art. 11<sup>92</sup>. Tuttavia, a prescindere dalle scelte della stazione appaltante,

---

<sup>87</sup> Cfr. G. A. RECCHIA, *Public procurement*, cit., p. 51. Sul rapporto tra la previsione legislativa e le clausole sociali contenute nei contratti collettivi, v. anche M. GIACONI, *L'impiego strategico*, cit., pp. 127 ss.

<sup>88</sup> E. CARUSO, *La funzione sociale*, cit., p. 452.

<sup>89</sup> Cons. Stato, sez. V, 28 agosto 2017, n. 4079, cit. Sull'illegittimità del bando che non preveda le clausole sociali di cui all'art. 57, v. TAR Emilia-Romagna Bologna, sez. II, 11 febbraio 2025, n. 128, in *giustizia-amministrativa.it*.

<sup>90</sup> V. *supra* par. 1.

<sup>91</sup> V. *supra* par. 2.

<sup>92</sup> Così, già in riferimento al precedente Codice, F. PANTANO, *Le clausole sociali*, cit., pp. 146-147.

come si sa, ben potrebbe l'appaltatore applicare un differente contratto collettivo che, ancorché ritenuto equivalente, disciplini il cambio d'appalto in maniera diversa o, semplicemente, non lo disciplini affatto. Le previsioni delle clausole sociali per la salvaguardia occupazionale non sono infatti soggette alla valutazione di equivalenza: in quanto escluse dall'elenco degli elementi da ricomprendere nel trattamento normativo previsto dall'All. I.01, queste sono al più rimesse alla valutazione discrezionale delle stazioni appaltanti<sup>93</sup>.

Neppure nella vigenza dell'attuale Codice può dunque essere data per scontata la perfetta coincidenza tra la clausola prevista dal bando di gara e quella contenuta invece nel contratto collettivo applicabile, con la conseguenza che tra le prime e le seconde ben potrebbe sorgere anche un conflitto<sup>94</sup>.

In vigenza dell'art. 50 del d.lgs. n. 50 del 2016, parte della dottrina aveva risolto la questione escludendo l'applicabilità della disciplina prevista dai bandi di gara quando fosse applicabile una clausola sociale, di contenuto specifico e tassativo, già regolata dalla contrattazione collettiva. Ne conseguiva uno spazio alle clausole frutto dei bandi di gara solo nella misura in cui i contratti collettivi non contenessero una disciplina specifica in caso di riassorbimento<sup>95</sup>.

Secondo un'altra lettura, l'eventuale conflitto tra le clausole previste dai bandi e quelle di origine pattizia si sarebbe dovuto risolvere ammettendo l'applicazione della disciplina di fonte collettiva solo se di maggior favore per i lavoratori rispetto a quanto previsto dalla *lex specialis*<sup>96</sup>.

---

<sup>93</sup> V. *supra* Cap. II, par. 5.

<sup>94</sup> La questione interpretativa posta dalla lettura congiunta degli artt. 57 e 11 è posta in risalto anche da R. CARANTA, S. FICHERA, *Il nuovo codice*, cit., p. 42.

<sup>95</sup> Cfr. W. GIULIETTI, *La tutela del lavoro*, cit., p. 18, il quale ritiene tuttavia che le clausole contrattuali siano applicabili solo nella misura in cui contenute in un contratto effettivamente stipulato da un'organizzazione datoriale a cui aderisca l'imprenditore. Esalta l'importanza dell'affiliazione sindacale dell'impresa anche R. ROMEI, *I nodi intricati delle clausole sociali di seconda generazione*, in *Dir. rel. ind.*, 2024, p. 237.

<sup>96</sup> Talvolta sono gli stessi bandi di gara a chiarire il rapporto delle clausole in tal senso. Si v. ad esempio, la clausola oggetto della pronuncia Cons. Stato, sez. V, 25 gennaio 2024, n. 807, cit., caso in cui lo stesso disciplinare di gara

Nella scelta dell'una o dell'altra opzione interpretativa, va considerato che la giurisprudenza amministrativa si è mostrata tendenzialmente più indulgente con le clausole frutto dell'autonomia privata. Queste sono state infatti ritenute applicabili anche quando da queste insorge un «vincolo non elastico di assorbimento del personale», in quanto «espressione delle facoltà organizzative dell'imprenditore», circostanza ritenuta utile a superare «i profili di bilanciamento con le libertà economiche di cui all'41 Cost.»<sup>97</sup>.

A dire il vero, anche i limiti provenienti dalle clausole sociali proposte dai bandi di gara derivano pur sempre da una libera scelta imprenditoriale, vale a dire quella di partecipare alla gara pubblica<sup>98</sup>. Si tratta di un argomento che milita nel senso di escludere un effettivo conflitto tra le clausole di seconda generazione e i principi sanciti dall'art. 41 Cost.<sup>99</sup>, ma che non è servito, come si è visto, a mettere al riparo le dette clausole dal «necessario» bilanciamento con le libertà di impresa.

Alla stregua di queste considerazioni, la clausola sociale prevista dalla contrattazione collettiva potrebbe avere effetti più favorevoli per il lavoratore rispetto alle clausole contenute nella

---

faceva salva «l'applicazione, ove più favorevole, della clausola sociale prevista dal contratto collettivo nazionale prescelto dall'aggiudicatario del contratto».

<sup>97</sup> *Ibidem*. Sui vincoli derivanti dalle clausole contrattuali come limitazioni frutto dell'autonomia privata si v. anche le pronunce Cass. civ., sez. lav., 16 marzo 2022, nn. 8565 e 8566, in *onelegale.wolterskluwer.it*, per cui «venendo in rilievo obblighi scaturenti da scelte del tutto volontarie dell'interessata, non appare utilmente invocabile il disposto dell'art. 41 Cost. in tema di libertà di impresa e di iniziativa economica né la violazione della disciplina comunitaria in tema di concorrenza». In tal senso, in dottrina, L. RATTI, *Le clausole sociali*, cit., p. 479. *Contra* Cons. Stato, sez. V, 17 gennaio 2018, n. 272, in *giustizia-amministrativa.it*, per cui «l'obbligo di riassorbimento dei lavoratori impiegati dall'appaltatore uscente, anche ove previsto dal CCNL, dovrebbe sempre essere armonizzato e reso compatibile con l'organizzazione dell'impresa subentrante». In tal senso, si è espressa anche l'ANAC, che nelle Linee Guida ANAC n. 13, cit., sottolinea come il principio per cui «il riassorbimento del personale è imponibile nella misura e nei limiti in cui sia compatibile con il fabbisogno richiesto dall'esecuzione del nuovo contratto e con la pianificazione e l'organizzazione definita dal nuovo assuntore» sia un principio «applicabile a prescindere dalla fonte che regola l'obbligo di inserimento della clausola sociale (contratto collettivo, Codice dei contratti pubblici)» (p. 4).

<sup>98</sup> Con riguardo al nuovo Codice, richiamano tale argomentazione: R. CARANTA, S. FICHERA, *Il nuovo codice*, cit., p. 42.

<sup>99</sup> In tal senso, per le clausole di prima generazione, v. *supra* Cap. II, par. 6.

*lex specialis*. E infatti, secondo l'indirizzo giurisprudenziale ad oggi maggioritario, proprio in ragione della necessità di operare un bilanciamento con le libertà di impresa, le clausole dei bandi di gara devono pur sempre essere formulate in maniera più elastica o comunque in modo flessibile, senza potersi mai spingere fino a imporre un obbligo di assunzione della manodopera impiegata dall'appaltatore uscente.

Qualora si ritenga che non siano sottoposte a simili vincoli, le clausole di fonte collettiva potrebbero essere di maggior favore per il lavoratore, come del resto pare confermato anche dalla prima giurisprudenza relativa al Codice del 2023<sup>100</sup>, ancorché solo di rado da queste potrebbe scaturire un obbligo di riassunzione. Come si è detto, questo è solitamente vincolato al mantenimento delle medesime condizioni contrattuali: circostanza che potrebbe, in effetti, spesso non ricorrere nel caso delle successioni di appalti pubblici.

E infatti, l'indizione di un nuovo bando, per un verso, potrebbe essere occasione per le amministrazioni di stanziare minori fondi rispetto al passato, anche in ragione delle necessità di contenimento della spesa, così indirettamente determinando tagli anche sui costi della manodopera e, dunque, una riorganizzazione dell'attività d'impresa. Per altro verso, anche in assenza di tagli di spesa da parte delle amministrazioni, gli operatori economici potrebbero essere indotti a ridurre i costi della manodopera per presentare un'offerta economicamente più vantaggiosa<sup>101</sup>.

---

<sup>100</sup> Cfr. Trib. Catanzaro, sez. I, 16 giugno 2024 n. 995, in *sindacare.it*. Nel caso, il giudice ordinario, chiamato a pronunciarsi sulla lamentata violazione del diritto dei lavoratori a essere riassunti in una fattispecie a cui era applicabile il nuovo Codice, ha dapprima escluso che gli stessi potessero rivolgere alcuna domanda nei confronti del Comune appaltante in ragione della clausola imposta nella *lex specialis*, «posto che l'art. 57 del nuovo Codice degli appalti non contempla (come anche il precedente Codice del 2016) alcun diritto soggettivo dei lavoratori (ad essere riassunti) che essi possano far valere nei confronti dell'ente appaltante e/o delle imprese aggiudicatrici del servizio appaltato». Il giudice ha invece accertato la sussistenza di un diritto alla riassunzione in applicazione della clausola contenuta nel contratto collettivo applicabile nel caso di specie, proprio in ragione della loro natura pattizia e al conseguente venir meno della necessità di un bilanciamento con l'art. 41 Cost.

<sup>101</sup> Ciò trova conferma nel fatto che l'indizione delle gare pubbliche è spesso occasione di tensioni e conflitti. Esempio frequente si ha nell'ambito dei servizi

Rispetto a tale scenario, oggi, le scelte opportunistiche in sede di presentazione dell'offerta parrebbero trovare un limite significativo negli artt. 11 e 41 del d.lgs. n. 36 del 2023, che dovrebbero fare da argine ad una concorrenza al ribasso basata sull'applicazione di diversi contratti collettivi<sup>102</sup>. Tuttavia, tali disposizioni non impediscono all'operatore economico di realizzare tagli del personale o ridurre il numero di ore lavorative dell'intera forza lavoro, riorganizzando l'attività.

Inoltre, nonostante siano sottratte dal bilanciamento con i principi costituzionali, le clausole di fonte collettiva potrebbero trovare comunque un importante limite, nei principi europei in materia di distacco transnazionale, oltre che, più in generale, nelle regole poste a salvaguardia della concorrenza<sup>103</sup>. Derivando pur sempre da fonti collettive prive di efficacia *erga omnes*, tali clausole sono infatti oggetto di dubbi di compatibilità con la disciplina contenuta nella Direttiva 96/71/CE<sup>104</sup>, non dissimili rispetto a quelli che circondano le clausole di prima generazione<sup>105</sup>.

È evidente che laddove si aderisse a tale prospettazione sarebbe duplice il limite derivante dai principi europei alle clausole di seconda generazione. Da una parte, come si è visto, questi

---

di pulizia, connessi ad aziende sanitarie, di trasporto pubblico locale, università e caserme; CGSSE, *Appalti e conflitto collettivo: tendenze e prospettive*, maggio 2021, p. 9. Per un approfondimento sulle questioni sociali che sorgono nell'ipotesi di cambio d'appalto con un *focus* nel settore dei servizi essenziali, si v. C. LA MACCHIA, *Clausole sociali nell'appalto pubblico, forme "anomale" di conflittualità, nuove direttive europee*, in G. PINO (a cura di), *Diritti fondamentali e regole del conflitto collettivo. Esperienze e prospettive*, Giuffrè, Milano, 2015, pp. 142-144.

<sup>102</sup> Invero, sembra che le disposizioni citate, soprattutto l'art. 11, facciano da argine alla prassi di applicare un CCNL meno gravoso al fine di ottenere un risparmio dei costi (v. *supra* Cap. II, par. 3 e ss.), come avveniva sotto il vigore del precedente Codice. Esemplicativo della questione è un episodio avvenuto nel settore della sanità il caso di un cambio di appalto che ha reso possibile l'applicazione ai lavoratori, coinvolti nei servizi di portineria, del CCNL Vigilanza e Servizi Fiduciari, peraltro in sostituzione del CCNL Multiservizi, come si è detto, già di per sé problematico sul piano delle garanzie lavoristiche. Sulla questione, v. M. VERRUGGI, *Dumping contrattuale: sanare i bilanci pagando 4 euro l'ora*, 6 febbraio 2021, in *glistatigenerali.com*.

<sup>103</sup> Cfr. R. ROMEI, *I nodi intricati*, cit., p. 237.

<sup>104</sup> Sulla questione v. L. RATTI, *Le clausole sociali*, cit., pp. 479 ss.

<sup>105</sup> V. *supra* Cap. II, par. 7 e 8.

spingono a leggere il contenuto delle clausole imposte dal bando di gara in maniera flessibile, in modo da non sfociare in obblighi limitativi della concorrenza. Dall'altra, i principi europei rischiano di porsi da ostacolo anche all'ammissibilità degli obblighi di riassorbimento derivanti dalle clausole previste dai contratti collettivi, perché non contenuti in una fonte avente efficacia *erga omnes*.

Se così fosse, il risultato sarebbe quello di garantire ai prestatori impiegati negli appalti pubblici solo la tutela "elastica" delle clausole previste dai bandi di gara, da declinarsi pur sempre in termini tali da non interferire con la concorrenza e con il mercato.

Orbene, s'è già avuto modo di osservare che i timori relativi all'incompatibilità tra il diritto europeo e le clausole sociali di fonte contrattuale meriterebbero di essere superati, anche alla luce delle riforme operate sul piano europeo<sup>106</sup>.

Allo stesso modo, l'attuale quadro del diritto europeo parrebbe suggerire anche la necessità di rivedere i limiti che sono stati ricavati a partire dal diritto europeo e che hanno spinto la giurisprudenza amministrativa a imporre applicazioni "elastiche" delle clausole dei disciplinari di gara.

Sul punto, vale la pena rilevare che, nel limitare la portata delle clausole di stabilità occupazionale, i giudici hanno fatto comunemente uso di principi ricavati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, espressi nell'ambito di settori diversi da quello dei contratti pubblici, come quello dell'*handling* aeroportuale. Principi spesso elaborati anche tenendo in considerazione un quadro giuridico differente, talvolta neanche antecedente al Trattato di Lisbona e alla clausola sociale orizzontale contenuta nell'art. 9 TFUE<sup>107</sup>.

Il richiamo alla giurisprudenza eurounitaria in senso limitativo degli obblighi di riassorbimento è stato così realizzato adottando precedenti che non tengono conto della ritrovata attenzione dell'Unione, soprattutto nel settore dei contratti pubblici,

---

<sup>106</sup> V. *supra* Cap. II, par. 8.

<sup>107</sup> È il caso delle pronunce C. Giust. 9 dicembre 2004, C-460/02, cit. e C. Giust., 14 luglio 2005, C-386/03, cit.

per le esigenze sociali, ivi comprese quelle occupazionali<sup>108</sup>. Queste ultime non sono solo richiamate espressamente, quasi in segno di cesura con il passato, dall'art. 70, Dir. 2014/24/UE, ma trovano spazio anche nei più recenti documenti adottati dall'Unione con riguardo al *procurement* pubblico, che menzionano la stabilità occupazionale tra le condizioni di lavoro dignitoso che l'Unione mira a promuovere<sup>109</sup>.

### 5. La successione di appalti e la disciplina del trasferimento d'azienda

L'indagine relativa all'ambito di operatività delle clausole di seconda generazione non può prescindere anche dalla considerazione del loro rapporto con la disciplina del trasferimento d'azienda di cui all'art. 2112 c.c.

Fra le fattispecie del cambio d'appalto e del trasferimento d'azienda sussiste infatti un'oggettiva continuità<sup>110</sup>, insorgendo in entrambi i casi l'esigenza di salvaguardare i livelli occupazionali a fronte del cambio di titolarità dell'attività d'impresa.

È a tale *ratio* che rispondono le clausole sociali, nel primo caso, e la disciplina civilistica, nel secondo caso. Esistono, però, delle significative differenze fra le tutele predisposte nell'una e nell'altra ipotesi.

Il ricorrere di una fattispecie regolata dall'art. 2112 c.c. comporta l'automatica continuazione dei rapporti di lavoro in capo all'imprenditore subentrante, facendo salvi tutti i diritti

---

<sup>108</sup> In tal senso, E. CARUSO, *La funzione sociale*, cit., pp. 454-455 che invita alla cautela nell'uso dei precedenti della Corte di Giustizia relativi al settore dell'*handling* aeroportuale. La necessità di reinterpretare i confini provenienti dal diritto dell'Unione a seguito del Trattato di Lisbona è, del resto, una proposta risalente della dottrina lavorista in materia; si v. M. IMPICCIATORE, *Appalti pubblici*, cit., pp. 361 ss.

<sup>109</sup> Si veda ad esempio la seconda edizione della guida *Buyinig Social*; COMMISSIONE EUROPEA, *Buying Social: A Guide to Taking Account of Social Considerations in Public Procurement*, II ed., 2021/C 237/01, p. 11. Sulle sopravvenute istanze di reinquadramento della disciplina delle clausole sociali, si v. L. FERRARA, *Clausole sociali e responsabilità sociale dell'impresa nei contratti pubblici tra diritto interno, europeo e globale*, in *amministrativamente*, 2018, n. 3-4, p. 13.

<sup>110</sup> F. PANTANO, *Le clausole sociali*, cit., p. 136.

che derivano al lavoratore dal rapporto di lavoro e disponendo ulteriori garanzie a beneficio dei lavoratori coinvolti (quali la solidarietà tra cedente e cessionario per i diritti già maturati dal lavoratore e l'applicazione dei contratti collettivi del cedente)<sup>111</sup>.

Al contrario, pur mutuando in parte la funzione dell'art. 2112 c.c., le clausole di riassorbimento non determinano la continuazione del medesimo rapporto, né l'operatività delle altre garanzie dettate dalla disposizione codicistica. E infatti, l'adempimento dell'obbligo di riassunzione delle clausole sociali, anche quando imposto alle medesime condizioni, determina l'insorgere di un nuovo rapporto di lavoro<sup>112</sup>, con previa interruzione del precedente<sup>113</sup>.

Nulla esclude, però, che in un'ipotesi di successione di appalti ricorrano gli estremi di un trasferimento d'azienda, con conseguente applicazione dell'art. 2112 c.c. In tal senso, le clausole sociali assolvono a una funzione sussidiaria rispetto alla fattispecie codicistica<sup>114</sup>: le clausole sociali trovano applicazione solo qualora al cambio d'appalto non sia possibile applicare le regole del trasferimento di azienda, perché non ricorrano gli elementi tipici.

In buona sostanza, è, dunque, dall'esistenza o meno degli elementi caratteristici di cui all'art. 2112 c.c. che dipende

---

<sup>111</sup> Sulla disciplina del trasferimento d'azienda, in particolare a seguito della riforma operata dall'art. 32 del d.lgs. n. 276 del 2003, v.: A. MARESCA, *Modifica all'articolo 32 comma quinto del codice civile*, in AA. VV., *Il nuovo mercato del lavoro d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Zanichelli Editore, Bologna, 2004, pp. 373 ss.; G. NICOLINI, *Il trasferimento d'azienda*, in AA. VV., *Come cambia il mercato del lavoro*, Ipsoa, Milano, 2004, pp. 199 ss.; M. NICOLOSI, *Il lavoro esternalizzato*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 100 ss.; M. NOVELLA, *Il trasferimento di ramo d'azienda: la fattispecie*, in M. AIMO, D. IZZI (a cura di), *Esternalizzazioni e tutela dei lavoratori*, Utet giuridica, Milano, 2014, pp. 237 ss.; L. RATTI, *Le garanzie per i lavoratori nelle vicende traslative dell'impresa*, in M. AIMO, D. IZZI (a cura di), *Esternalizzazioni e tutela*, cit., pp. 273 ss.; A. VALLEBONA, *Il trasferimento d'azienda*, in *Mass. giur. lav.*, 2023, pp. 391 ss.

<sup>112</sup> Si v. A. VALLEBONA, *Successione nell'appalto e tutela dei posti di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, II, p. 218; M. AIMO, *Stabilità del lavoro e tutela della concorrenza. Le vicende circolatorie dell'impresa alla luce del diritto comunitario*, in *Lav. dir.*, 2007, p. 422.

<sup>113</sup> A tal fine, è necessario un formale atto estintivo del rapporto di lavoro, I. MARIMPIETRI, *Cambio appalto e licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in D. GAROFALO (a cura di), *Appalti e lavoro*, cit., p. 335.

<sup>114</sup> F. PANTANO, *Le clausole sociali*, cit., p. 136.

l'applicabilità dell'una o dell'altra tutela nel caso di cambio d'appalto.

Tale impostazione dei rapporti tra le clausole sociali e la disciplina del trasferimento d'azienda non è solo funzionale al maggior interesse del lavoratore, ma è anche quella che, da tempo, è apparsa più coerente con l'ordinamento europeo e con la nozione di trasferimento d'impresa ricavabile dalla Direttiva n. 2001/23/CE (e, prima ancora, dalla Direttiva 77/187/CEE).

La definizione di trasferimento d'impresa ivi regolata è stata infatti oggetto di una lettura "elastica" da parte dei giudici europei<sup>115</sup>, per cui questi hanno ricompreso nella fattispecie anche l'ipotesi di avvicendamento di appalto<sup>116</sup>. E infatti, in coerenza con l'obiettivo perseguito dalla disciplina di «garantire la continuità dei rapporti di lavoro esistenti nell'ambito di un'entità economica, indipendentemente dal mutamento del titolare»<sup>117</sup>, per la Corte di Lussemburgo l'applicazione della disciplina del trasferimento d'impresa prescinde dall'esistenza di una diretta relazione negoziale tra cedente e cessionario<sup>118</sup>. Elemento determinante ai fini dell'applicazione della disciplina protettiva è, invece, per i giudici europei, il fatto che il trasferimento abbia ad oggetto un'entità economica organizzata, da intendersi come «complesso organizzato di persone e di elementi che consentono l'esercizio di un'attività economica finalizzata al perse-

---

<sup>115</sup> In tal senso v. già C. Giust., 19 maggio 1992, C-29-91, *Dr Sophie Redmond Stichting*, pt. 10. Con riguardo alla Direttiva 2001/23/CE, v. C. Giust., 13 settembre 2007, C-458/05, pt. 24-25, *Jouini*.

<sup>116</sup> Così a partire da C. Giust., 11 marzo 1997, C-13/95, *Süzen*; C. Giust., 24 gennaio 2002, C-51/00, *Temco*.

<sup>117</sup> C. Giust., 11 marzo 1997, C-13/95, *cit.*, pt. 10. In senso conforme, già C. Giust., 7 febbraio 1985, C-186/83, *Botzen e a*, pt. 6.

<sup>118</sup> Secondo la giurisprudenza europea, «la direttiva 77/187 trova applicazione in tutti i casi di cambiamento, nell'ambito di rapporti contrattuali, della persona fisica o giuridica responsabile dell'impresa, che assume le obbligazioni del datore di lavoro nei confronti dei dipendenti dell'impresa stessa. Ai fini dell'applicazione della direttiva 77/187 non è pertanto necessaria l'esistenza di rapporti contrattuali diretti tra il cedente e il cessionario, atteso che la cessione può essere effettuata per effetto dell'intermediazione di un terzo, quale il proprietario o il locatore»; C. Giust., 20 novembre 2003, C-340/01, *Carlito Abler c. Sodexo*, pt. 29. Nello stesso senso, v. anche C. Giust., 7 marzo 1996, C-171/94 e C-172/94, *Merckx e Neuhuys*, pt. 28-30; C. Giust., 11 marzo 1997, C-13/95, *cit.*, pt. 11-12.

guimento di un determinato obiettivo»<sup>119</sup>, e che tale entità «conservi la propria identità» dopo il trasferimento<sup>120</sup>.

Tale orientamento ha spinto anche i giudici italiani ad adeguare le proprie interpretazioni e a superare le posizioni più rigide, tendenti ad escludere la successione di appalti dall'ambito di applicazione dell'art. 2112 c.c., in ragione dell'assenza di un rapporto diretto tra l'appaltatore uscente e il subentrante<sup>121</sup>. Mutando le proprie posizioni, la giurisprudenza domestica ha invece sostenuto l'applicabilità dell'art. 2112 c.c. tutte le volte in cui, in concreto, la successione d'appalto avesse determinato un trasferimento d'azienda (o di un suo ramo)<sup>122</sup>, ritenendo rilevante a tal fine la «continuità nell'esercizio dell'attività imprenditoriale, restando immutati il complesso organizzato dei beni dell'impresa e l'oggetto»<sup>123</sup>.

Un ulteriore sforzo di adeguamento della disciplina italiana a quella europea è stato compiuto dai giudici a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 29, co. 3, d.lgs. n. 276 del 2003. Tale disposizione, nella sua formulazione originaria, prevedeva

---

<sup>119</sup> C. Giust., 11 marzo 1997, C-13/95, cit., pt. 13. In tal senso, v. anche C. Giust., 12 febbraio 2009, C-466/07, *Klarenberg*, pt. 39.

<sup>120</sup> In tal senso v. già C. Giust. 18 marzo 1986, C-24/85, *Spijkers*. Nello stesso senso, v. C. Giust., 24 gennaio 2002, C-51/00, cit., pt. 23.

<sup>121</sup> Si v. ad esempio Cass. Civ., sez. lav., 18 marzo 1996, n. 2254, in *Riv. it. dir. lav.*, 1997, II, pp. 395 ss., con nota di R. ROMEI, *Trasferimento di azienda e successione in un rapporto di appalto*; Cass. Civ., sez. lav., 19 gennaio 2002, n. 572, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, pp. 855 ss., II, con nota di P. ALBI, *Licenziamento per superamento del periodo di comporta, obbligo di sicurezza, inidoneità sopravvenuta della prestazione*. Per una critica alla posizione adottata in tale occasione in riferimento alla sua difformità con il diritto europeo, v. R. SANTORO, *Appalto di servizi e trasferimento d'azienda nel diritto interno e nel diritto comunitario*, in *Lav. giur.*, 1999, pp. 1105 ss. In dottrina, sui confini tra cambio d'appalto e trasferimento d'azienda anche con riferimento alla giurisprudenza europea, v. M. L. VALLAURI, *Studio sull'oggetto del trasferimento ai fini dell'applicazione del nuovo art. 2112 c.c.*, in *Lav. dir.*, 2002, pp. 583 ss.

<sup>122</sup> Anche in continuità con la giurisprudenza europea, a livello domestico è stato affermato l'assunto per cui «il trasferimento d'azienda sia configurabile anche in ipotesi di successione nell'appalto di un servizio sempre che si abbia un passaggio di beni, di non trascurabile entità ma tale da rendere possibile lo svolgimento di una specifica impresa»; Cass. civ., sez. lav., 13 gennaio 2005, n. 493, in *Foro it.*, 2005, I, pp. 689 ss. con nota di A. M. PERRINO, *Trasferimento d'azienda ed appalto di servizi: le relazioni pericolose*.

<sup>123</sup> Cass. civ., sez. lav., 27 febbraio 1998, n. 2200, in *onelegale.wolterskluwer.it*.

che «l'acquisizione del personale già impiegato nell'appalto a seguito di subentro di un nuovo appaltatore, in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro, o di clausola del contratto d'appalto, non costituisce trasferimento d'azienda o di parte d'azienda»<sup>124</sup>. In tal modo, il legislatore delineava una sorta di rigida dicotomia tra le fattispecie del trasferimento d'azienda e quella del cambio di appalto<sup>125</sup>, che sarebbe stata così lasciata al governo della contrattazione collettiva<sup>126</sup> e, nella materia degli appalti pubblici, alle previsioni dei bandi di gara, tuttavia solo eventuali nella vigenza del Codice del 2006<sup>127</sup>.

Anche a seguito dell'entrata in vigore della disposizione, la giurisprudenza interna è così dovuta intervenire a “disinnescare” i profili di incompatibilità tra l'ordinamento interno e il diritto europeo<sup>128</sup>.

In linea con le opinioni della dottrina dominante<sup>129</sup>, la giurisprudenza ha infatti attribuito al co. 3 il solo effetto di chiarire

---

<sup>124</sup> Al contrario che per l'art. 29, co. 2 (v. *supra* Cap. II, par. 13), si tratta di una disposizione pacificamente applicabile anche agli appalti pubblici, dal momento che tende a regolare i rapporti tra l'appaltatore uscente e quello subentrante (e, cioè, tra soggetti privati).

<sup>125</sup> Parla di una «dicotomia eccessiva»: R. PETTINELLI, *La tutela dei lavoratori*, cit., pp. 11 ss.

<sup>126</sup> G. ZAMPINI, *Le “clausole sociali di seconda generazione” tra diritto interno ed ordinamento eurounitario*, in *Lav. giur.* 2021, p. 7. È condivisa in dottrina l'opinione per cui il legislatore avrebbe, così, preso atto del ruolo assunto dalla contrattazione collettiva, dandone un indiretto riconoscimento normativo; cfr. G. A. RECCHIA, *Cambio appalto*, cit., p. 236. Tale lettura dottrinata è stata avallata dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali, con Interpello n. 22/2012 del 1 agosto 2012.

<sup>127</sup> *Supra* par. 1.

<sup>128</sup> I. ALVINO, *La nozione di trasferimento di ramo di azienda alla prova del fenomeno dei “cambi di appalto”: un cantiere ancora aperto*, in *Dir. rel. ind.*, 2018, p. 564.

<sup>129</sup> Si v. le posizioni di: F. SCARPELLI, *Art. 29 – Appalto*, in E. GRAGNOLI, A. PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, Cedam, Padova, 2004, pp. 339-440; P. ICHINO, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, in AA. VV., *Il nuovo mercato del lavoro d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Zanichelli Editore, Bologna, 2004, p. 328; M. BORZAGA, *Trasferimento di azienda e successione di contratti d'appalto, prima e dopo il d.lgs. n. 276/2003, tra diritto comunitario scritto e giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, II, pp. 468. Per una ricostruzione delle diverse posizioni attestatesi in dottrina e in giurisprudenza, si v. invece: F. MARINELLI, *La tutela del posto di lavoro in caso di cessazione dell'appalto*, in M.

che «la mera assunzione, da parte del subentrante nell'appalto, non integra di per sé trasferimento d'azienda ove non si accompagni alla cessione dell'azienda o di un suo ramo autonomo»<sup>130</sup>.

L'attestarsi di tale orientamento non ha tuttavia impedito l'insorgere di perplessità nelle istituzioni europee. La Commissione europea ha infatti aperto una procedura di pre-infrazione<sup>131</sup>, in ragione del timore che la disposizione potesse comunque finire per escludere l'applicazione della disciplina del trasferimento d'azienda ogni qualvolta la riassunzione dei dipendenti in presenza di cambio di appalto avvenisse in applicazione di una clausola sociale e, dunque, in mancanza di una relazione diretta tra appaltatore uscente e subentrante<sup>132</sup>.

Il legislatore domestico è stato così spinto a novellare il co. 3<sup>133</sup> e ad adottare l'attuale formulazione meno rigida, secondo cui «l'acquisizione del personale già impiegato nell'appalto a seguito di subentro di nuovo appaltatore dotato di propria struttura organizzativa e operativa, in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro o di clausola del contratto d'appalto, ove siano presenti elementi di discontinuità che determinano una specifica identità di impresa, non costituisce trasferimento d'azienda o di parte d'azienda»<sup>134</sup>.

---

T. CARINCI, C. CESTER, M. G. MATTAROLO, F. SCARPELLI (a cura di), *Tutela e sicurezza del lavoro negli appalti privati e pubblici. Inquadramento giuridico ed effettività*, Utet giuridica, Torino, 2011, pp. 224 ss.; V. BRINO, *Successione di appalti e tutela della continuità dell'occupazione*, in M. AIMO, D. IZZI (a cura di), *Esternalizzazioni e tutela*, cit., pp. 123 ss.

<sup>130</sup> Cass. civ., sez. lav., 6 dicembre 2016, n. 24972, in *onelegale.wolterskluwer.it*. In termini analoghi, Cass. civ., sez. lav., 31 maggio 2016, n. 11247, in *onelegale.wolterskluwer.it*.

<sup>131</sup> Caso EU Pilot, n. 7622/15/Empl.

<sup>132</sup> Cfr. F. BASENGHI, *Decentramento organizzativo*, cit., p. 255.

<sup>133</sup> Cfr. C. FALERI, *Ciò che appalto non è. A proposito dell'intervento riformatore in materia di successione di appalti e trasferimento di azienda*, in *Giur. comm.*, 2018, I, pp. 1053 ss.; A. MATTEI, *Scomposizione dell'impresa, lavoro esternalizzato e inclusione sociale: azioni della negoziazione collettiva*, in *Riv. giur. lav.*, 2016, I, pp. 772-773; I. ALVINO, *La nozione di trasferimento*, cit., pp. 563-564.

<sup>134</sup> L'attuale versione della disposizione è stata introdotta ad opera dell'art. 30, co. 1, della legge 7 luglio 2016, n. 122.

Con una prospettiva opposta rispetto a quella adottata dal legislatore nel 2003<sup>135</sup>, la riforma ha così espressamente posto l'art. 2112 c.c. e la disposizione di cui all'art. 29, co. 3, in una sorta di rapporto regola-eccezione: mentre normalmente dovrebbe applicarsi l'art. 2112 c.c., la disposizione da ultimo richiamata serve invece ad escluderne l'operatività solo allorché vi siano «elementi di discontinuità» tra il nuovo e il vecchio appalto tali da determinare «una specifica identità di impresa»<sup>136</sup>.

Ne consegue che, dopo la riforma del 2016, in caso di subentro di nuovo appaltatore «opera una sorta di presunzione di operatività dell'art. 2112 c.c., per cui il cambio di appalto costituisce un trasferimento di azienda, a meno che la società subentrante sia caratterizzata da “elementi di discontinuità che determinano una specifica identità di impresa”»<sup>137</sup>. E tale “discontinuità”, prevista dall'art. 29, co. 3, «va accertata o esclusa con riguardo alla conservazione dell'identità dell'entità trasferita da intendersi quale organizzazione funzionale, ovvero quale struttura coordinata autonomamente capace di conseguire un determinato obiettivo, che prosegue nel cambio di appalto»<sup>138</sup>.

Al fine di individuare un *discrimen* fra l'applicazione dell'una o dell'altra disciplina, viene così richiesta una valutazione caso per caso, ai cui fini è necessario tener conto congiuntamente

---

<sup>135</sup> G. ZAMPINI, *Le “clausole sociali di seconda generazione”*, cit., p. 7. Parte della dottrina ha ritenuto che con tale nuova formulazione il legislatore abbia inteso, ancorché con una norma di segno negativo, riconoscere un diritto dei lavoratori alla continuità occupazionale nel caso di cambio d'appalto; così D. GAROFALO, *Il cambio di appalto*, cit., p. 206. Altra parte della dottrina ha invece ridotto la portata della riforma sottolineando come le «modifiche intervenute nel 2016 hanno solo esplicitato testualmente quanto già poteva ricavarsi in sede ermeneutica»; così, S. RENZI, *Sull'incerto confine tra cambio di appalto e trasferimento di azienda*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2020, II, p. 130.

<sup>136</sup> Cfr. Trib. Bologna, 18 luglio 2024, n. 1014, in *Boll. Adapt*, 30 settembre 2024, n. 34.

<sup>137</sup> Cass. civ., sez. lav., 24 ottobre 2024, n. 27607, e 25 ottobre 2024, n. 27707 entrambe in *onelegale.wolterskluwer.it*.

<sup>138</sup> Cass. civ., sez. lav., 19 luglio 2024, n. 19977, in *onelegale.wolterskluwer.it*.

degli indici previsti in positivo dall'art. 2112 c.c. e in negativo dall'art. 29, co. 3, del d.lgs. n. 276 del 2003<sup>139</sup>.

Laddove ricorrano gli indici dell'art. 2112 c.c., la disciplina del trasferimento d'azienda trova applicazione, anche in presenza di una clausola sociale tendente a regolare i rapporti successivi al cambio d'appalto<sup>140</sup>.

Ad escludere l'operatività dell'art. 2112 c.c. è infatti solo l'introduzione da parte del subentrante di «profili di tale novità da interrompere il nesso funzionale di interdipendenza e com-

---

<sup>139</sup> I. INGLESE, *Le clausole sociali nelle procedure di affidamento degli appalti alla luce delle novità normative*, in *Dir. rel. ind.*, 2018, p. 576. Beninteso, ciò non significa che la riforma abbia modificato la definizione di trasferimento d'azienda. Tale fattispecie rimane infatti sempre quella definita dall'art. 2112 c.c., rispetto alla quale l'art. 29, co. 3, ha la funzione di concorrere a precisare l'oggetto del trasferimento «indicando la necessità che, affinché si configuri un trasferimento, vi sia una continuità tra l'organizzazione impiegata dal precedente appaltatore e quella impiegata dal subentrante, tale da escludere una specifica identità di impresa per quest'ultimo»; così I. ALVINO, *La nozione di trasferimento*, cit., pp. 567.

<sup>140</sup> Al riguardo, è stato sostenuto che le clausole sociali potrebbero al più «aumentare i profili di continuità dell'appalto, ma non certo ingenerare nelle imprese un legittimo affidamento circa la disapplicazione della disciplina codicistica»; così R. PETTINELLI, *Subentro in appalto e trasferimento di azienda: un rompicapo giuridico multilivello alla prova dell'interesse ad agire*, in *ADL*, 2021, II, p. 1048. In linea di continuità con tale ragionamento, parte della dottrina, ha sostenuto che proprio la riassunzione dei lavoratori in applicazione della clausola di stabilità occupazionale, a parità di condizioni lavorative, potrebbe essere considerata una sorta di indice presuntivo della sussistenza di un trasferimento d'azienda, soprattutto nei settori *labour intensive*. Qui, infatti, il semplice passaggio alle dipendenze del nuovo appaltatore dei lavoratori già impiegati dall'imprenditore uscente potrebbe ritenersi in sé un elemento dirimente dell'integrarsi dei presupposti richiesti dall'art. 2112 c.c. Cfr. L. ARIOLA, *Subentro nell'appalto labour intensive e trasferimento d'azienda*, in D. GAROFALO (a cura di), *Appalti e lavoro*, cit., p. 211; I. INGLESE, *Le clausole sociali*, cit., p. 576. In tema di successione di appalti *labour intensive* e trasferimento d'azienda, v. anche E. VILLA, «Subentro» nell'appalto *labour intensive* e trasferimento d'azienda: un puzzle di difficile composizione, in *Lav. dir.*, 2016, pp. 69 ss.

Si segnala tuttavia che, con una lettura di segno opposto, la giurisprudenza ha avuto modo di ritenere che l'eventuale licenziamento seguito da riassunzione, operato anche in forza di una clausola sociale, determini l'inapplicabilità delle garanzie di cui all'art. 2112 c.c. L'operare della clausola richiede, infatti, «la risoluzione del primo rapporto di lavoro e la ricostituzione di uno nuovo con l'impresa subentrante, così da elidere la continuità del rapporto stabilita dall'art. 2112 c.c.»; Cass. civ., sez. lav., 29 marzo 2019, n. 8922, in *one- legale.wolterskluwer.it*.

plementarità precedentemente sussistente tra i fattori della produzione che consentivano l'esecuzione dell'appalto»<sup>141</sup>.

È chiaro che così i confini dell'ambito di applicazione dell'art. 2112 c.c. non vengono definiti in maniera del tutto chiara, con il rischio di pregiudicarne spesso l'operatività nel settore dei contratti pubblici<sup>142</sup>. E infatti, come si è detto, il cambio d'appalto potrebbe comportare significativi mutamenti organizzativi, con la potenziale conseguenza di impedire l'applicazione dell'art. 2112 c.c. e lasciare la tutela dei lavoratori alle sole clausole sociali. Come visto, però, l'applicazione delle clausole non solo presuppone il previo esaurimento del precedente rapporto di lavoro, ma non assicura neppure il mantenimento delle medesime condizioni di lavoro, nell'ipotesi, peraltro solo eventuale, della riassunzione.

Tutt'oggi, lavoratori portatori di simili istanze finiscono così per essere beneficiari di tutele fra loro parecchio differenti, a fronte di fenomeni successori almeno astrattamente sovrapponibili<sup>143</sup>. In ragione della rigida dicotomia che continua ad esistere fra la fattispecie di cui all'art. 2112 c.c. e quella del cambio di appalto, la tutela di cui il lavoratore possa godere viene in concreto rimessa a una complessa (e, in parte, aleatoria) valutazione caso per caso<sup>144</sup>.

---

<sup>141</sup> Cass. civ., sez. lav., 24 ottobre 2024, n. 27607, cit., e 25 ottobre 2024, n. 27707, cit.

<sup>142</sup> F. PANTANO, *Le clausole sociali*, cit., p. 142.

<sup>143</sup> Sottolinea la simile posizione dei lavoratori nel caso di successione di appalti e in quello di trasferimento d'azienda: R. PETTINELLI, *La tutela dei lavoratori*, cit., pp. 11 ss.

<sup>144</sup> Per tali ragioni, suggerisce un'opera di "manutenzione" dell'attuale testo dell'art. 29, co. 3, la proposta «Restituire diritti e dignità ai lavoratori», già citata, in cui si propone di sostituire l'attuale art. 29, co. 3, prevedendo in suo luogo che «in caso di subentro di nuovo appaltatore si applica il disposto dell'art. 2112 Cod. Civ. salvo che tra i due appalti sussista una evidente discontinuità con riguardo ai mezzi strumentali utilizzati ed al contenuto dell'attività, in tale ultima ipotesi i lavoratori hanno comunque diritto al reimpiego da parte del nuovo appaltatore, senza peggioramento delle condizioni economico-normative»; P. ALLEVA, *Restituire diritti e dignità ai lavoratori*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2018, pp. 63 ss. Tale soluzione è confluita nella proposta n. 1423, presentata alla Camera dei deputati il 6 dicembre 2018 (art. 8), avanzata dal Movimento 5 Stelle. L'adozione di una disciplina più articolata era invece stata proposta dall'art. 91 della Carta dei diritti universali del lavoro del 2016 della CGIL, tesa più a vincolare gli imprenditori al rispetto

## 6. Il cambio d'appalto e la disciplina dei licenziamenti

Come si è avuto modo di osservare, l'adempimento dell'obbligo di riassorbimento eventualmente previsto dalle clausole sociali di seconda generazione presuppone il previo esaurimento del rapporto lavorativo in corso alle dipendenze del precedente appaltatore<sup>145</sup>. Nel caso di riassunzione, tra il lavoratore e il nuovo imprenditore si instaura dunque una relazione nuova, distinta da quella tra il lavoratore e il precedente datore di lavoro.

Proprio in virtù di tale distinzione dei rapporti, è opinione dominante che, nel caso di cambio d'appalto, l'eventuale applicazione delle clausole sociali non escluda l'operatività delle tutele comunemente previste a seguito di licenziamento illegittimo, anche laddove ne comporti la riassunzione<sup>146</sup>.

Invero, secondo la giurisprudenza, la clausola sociale che preveda il diritto del lavoratore ad essere riassunto «stabilisce una tutela ulteriore a favore del lavoratore licenziato dall'azienda che ha perso l'appalto, ma non elimina la responsabilità di quest'ultima per il licenziamento irrogato»<sup>147</sup>. E infatti, «la procedura prevista dalle parti collettive al fine di tutela dell'occupazione per l'ipotesi di cambio appalto, mediante la costituzione *ex novo* di un rapporto di lavoro con un diverso soggetto, si pone sul piano dei rapporti fra i soggetti stipulanti, di regola le organizzazioni sindacali e le associazioni datoriali, ma non è destinata ad incidere sul piano del rapporto individuale di lavoro»<sup>148</sup>.

In tal senso, l'accettazione da parte del lavoratore del nuovo impiego non determina la risoluzione consensuale del rapporto

---

delle clausole sociali e, comunque, ad una previa fase di consultazione con i sindacati, che a risolvere il rapporto con l'art. 2112 c.c.

<sup>145</sup> *Supra* par. 5.

<sup>146</sup> In giurisprudenza, *ex multis* Cass. civ., sez. lav., 24 febbraio 2006, n. 4166, in *onegale.wolterskluwer.it*.

<sup>147</sup> Cass. civ., sez. lav., 9 giugno 2005, n. 12136, in *onegale.wolterskluwer.it*.

<sup>148</sup> Cass. civ., sez. lav., 11 aprile 2024, n. 9770, in *onegale.wolterskluwer.it*. Nello stesso senso, v. Cass. civ., sez. lav., 20 novembre 2018, n. 29922, in *onegale.wolterskluwer.it*.

di lavoro<sup>149</sup>, né la rinuncia del lavoratore all'impugnazione del recesso<sup>150</sup>.

Così, a prescindere dalla sua eventuale assunzione alle dipendenze del nuovo appaltatore, in applicazione o meno di una clausola sociale, per un verso, il lavoratore mantiene il diritto alla indennità sostitutiva di preavviso ex art. 2118, co. 2, c.c., eventualmente dovuta<sup>151</sup>, per altro verso, conserva il diritto a far valere l'eventuale illegittimità del licenziamento<sup>152</sup>.

---

<sup>149</sup> In giurisprudenza, da ultimo, v. Cass. civ., sez. lav., 21 ottobre 2024, n. 27140, in *onelegale.wolterskluwer.it*, per cui «la risoluzione del contratto per cessazione dell'appalto (a cui ha fatto seguito un cambio appalto) non può essere mai considerata alla stregua di una risoluzione consensuale, essendo la stessa fattispecie estintiva conseguenza di un fatto che è relativo alla sfera ed alla gestione dell'impresa, talché nessuna corresponsabilità può essere attribuita al lavoratore, il quale non manifesta in proposito alcuna volontà. [...] Neppure può essere sostenuto, per evidente contraddizione logica, che la sottoscrizione del successivo contratto di lavoro con l'appaltatore subentrante equivalga a risoluzione consensuale del primo contratto, già in precedenza estinto per fatto dell'appaltatore». In tal senso, in dottrina v. F. MARINELLI, *La tutela del posto*, cit., p. 228. È tuttavia nota la diversa posizione sostenuta da A. VALLEBONA, *Successione nell'appalto*, cit., pp. 220-221, che ritiene che il lavoratore possa accedere alla tutela per licenziamento illegittimo solo allorquando abbia rifiutato di utilizzare la tutela collettiva, configurandosi altrimenti una risoluzione consensuale del rapporto di lavoro. Su tale posizione, si v. anche F. BASENGHI, *Decentramento organizzativo*, cit., pp. 248-249.

In generale, sulla questione relativa alla configurabilità di un licenziamento o di una risoluzione consensuale del rapporto nel caso in cui il lavoratore sia riassunto una volta verificatosi il cambio di appalto; v. E. C. SCHIAVONE, *Cambio di appalto e assunzione da parte del subentrante: licenziamento o risoluzione consensuale?*, in D. GAROFALO (a cura di), *Appalti e lavoro*, cit., pp. 341 ss.; I. MARIMPIETRI, *Cambio appalto*, cit., pp. 333 ss.

<sup>150</sup> Cass. civ., sez. lav., 2 novembre 2016, n. 22121, in *Lav. giur.*, 2017, pp. 355 ss., con nota di E. C. SCHIAVONE, *Cessazione di appalto di servizi e licenziamento collettivo. Quando è legittima la deroga alla L. n. 223/1991?*

<sup>151</sup> Così, Cass. civ., sez. lav., 21 ottobre 2024, n. 27140, cit., nonché già Cass. civ., sez. lav., 21 gennaio 2014, n. 1148, in *onelegale.wolterskluwer.it*. Sulla questione, v. G. A. TALA, *Cambio di appalto: clausole sociali, contrattazione collettiva e diritto al preavviso*, in *Dir. prat. lav.*, 2025, pp. 673-675.

<sup>152</sup> Va, invece, escluso che il lavoratore possa vantare nei confronti del precedente datore di lavoro pretese riferibili al nuovo rapporto di lavoro, non essendo sussistente alcun vincolo di solidarietà tra nuovo e vecchio datore di lavoro, come invece avviene nel caso di applicazione della disciplina di cui all'art. 2112 c.c.; sul punto: A. VALLEBONA, *Successione nell'appalto*, cit., p. 218; M. AIMO, *Stabilità del lavoro*, cit., p. 422; E. BALLETTI, *Tutele giuslavoristiche in tema di appalti e trasferimento di azienda*, in G. PROIA (a cura di), *Appalti e lavoro: problemi attuali*, Giappichelli, Torino, 2022, pp. 162-163.

E infatti, apprestando una tutela ben più debole di quella garantita dall'art. 2112 c.c., le clausole sociali potrebbero comunque far residuare un interesse del lavoratore a impugnare il licenziamento, anche al solo fine di ricostituire la continuità del rapporto originario<sup>153</sup>, soprattutto nell'ipotesi in cui la riassunzione non avvenga a parità di trattamento economico e normativo o con il mantenimento dell'anzianità maturata<sup>154</sup>.

Si esclude, inoltre, che il cambio d'appalto sia di per sé un elemento sufficiente a rendere legittimo il licenziamento, anche nell'ipotesi di successiva riassunzione dei lavoratori<sup>155</sup>. Secondo la giurisprudenza maggioritaria, affinché ricorrano gli estremi per il licenziamento economico, il datore di lavoro deve pur sempre provare il nesso causale fra il cambio di appalto (quale ragione organizzativa alla base del recesso) e la soppressione del posto di lavoro<sup>156</sup>, ivi compresa l'impossibilità di fare ricorso al *repêchage*<sup>157</sup>.

---

<sup>153</sup> Non applicandosi l'art. 2112 c.c., il lavoratore perde, ad esempio, l'anzianità di servizio maturata; sulla questione v. V. FILI, *Il computo dell'anzianità di servizio nel cambio di appalto*, in D. GAROFALO (a cura di), *Appalti e lavoro*, cit., pp. 269 ss. Si ricorda che a seguito delle sentenze della Corte Costituzionale, 24 febbraio 2021, n. 59, in *Mass. giur. lav.*, 2021, n. 3, pp. 805 ss., con nota di A. DIMITRI ZUMBO, *Corte costituzionale e licenziamento per motivi economici: una prevedibile parificazione delle tutele*, e 7 aprile 2022, n. 125, in *Dir. rel. ind.*, 2023, pp. 164 ss., con nota di A. TURSI, *La manifesta insussistenza... non sussiste*, il lavoratore potrebbe aspirare ad essere reintegrato nel proprio posto di lavoro; in tal senso, in materia di cambio d'appalto, Cass. civ., sez. lav., 5 giugno 2024, n. 15700, in *onegale.wolterskluwer.it*. Tali pronunce vanno integrate con quanto da ultimo previsto da Corte Cost. 16 luglio 2024, n. 128, in *Dir. mer. lav.*, 2024, pp. 605 ss., con nota di A. RICCOBONO, *La tutela reale e la "coperta corta"*. Note a margine di C. Cost. n. 128/2024 e in *Lav. giur.*, 2024, pp. 761 ss., con nota di C. PISANI, *Le sentenze gemelle della Consulta 2024 ampliative della reintegrazione: contenuti e criticità*.

<sup>154</sup> Cass. civ., sez. lav., 11 aprile 2024, n. 9770, cit.

<sup>155</sup> I. MARIMPIETRI, *Cambio appalto*, cit., p. 336.

<sup>156</sup> Cass. civ., sez. lav., 9 giugno 2005, n. 12136, cit. Cfr. I. MARIMPIETRI, *Cambio appalto*, cit., pp. 337 ss.; L. RATTI, *Le clausole sociali*, cit., p. 472.

<sup>157</sup> *Ex multis* Cass. civ., sez. lav., 20 novembre 2018, n. 29922, cit. è del resto principio giurisprudenziale risalente quello per cui «nel caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo costituito dalla cessazione di un appalto, l'onere dell'imprenditore di dimostrare l'impossibilità di un'altra utilizzazione (nella propria organizzazione) dei lavoratori licenziati non è escluso dall'applicabilità di norme collettive tese a garantire la rioccupazione del lavoratore presso l'impresa subentrante nell'appalto, atteso il carattere

Nell'ipotesi di licenziamenti plurimi, trovano inoltre applicazione anche le tutele previste in materia di licenziamento collettivo dalla legge 23 luglio 1991, n. 223, al ricorrerne dei presupposti temporali e quantitativi.

In giurisprudenza, non ha infatti trovato seguito la posizione adottata in più occasioni dal Ministero del Lavoro. Quest'ultimo ha ritenuto che i licenziamenti disposti in ragione di cambio d'appalto fossero da qualificarsi come «licenziamenti individuali plurimi per giustificato motivo oggettivo» con conseguente esclusione delle tutele applicabili ai licenziamenti collettivi<sup>158</sup>.

Al contrario di quanto sostenuto dal Ministero, l'art. 7, co. 4 *bis*, decreto legge 31 dicembre 2007, n. 248, convertito con modificazioni dalla legge 28 febbraio 2008, n. 311, riconosce un'unica eccezione alla disciplina dettata per il licenziamento collettivo. In particolare, viene esclusa la sola applicazione delle procedure previste dall'art. 24 della legge n. 223 del 1991 «nei confronti dei lavoratori riassunti dall'azienda subentrante a parità di condizioni economiche e normative previste dai contratti collettivi nazionali di settore stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative o a seguito di accordi collettivi stipulati con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative».

Conformemente al tenore letterale della disposizione<sup>159</sup>, si tratta di un'eccezione che si applica solo allorquando al susseguirsi degli appalti i lavoratori siano stati riassunti mantenendo

---

inderogabile della disciplina legislativa in tema di licenziamenti individuali, la quale, considerando giustificato il licenziamento solo se questo costituisca una *extrema ratio*, impone all'imprenditore l'obbligo primario di ricercare ogni possibilità di riutilizzazione dei dipendenti i cui posti di lavoro siano venuti meno»; Cass. civ., sez. lav., 9 giugno 2005, n. 12136, cit.; nello stesso senso, v. Cass. civ., sez. lav., 10 marzo 1992, n. 2881, in *onelegale.wolterskluwer.it*.

<sup>158</sup> Per il Ministero, i licenziamenti dovuti alla successione di appalti non sarebbero suscettibili nella fattispecie del licenziamento collettivo, in quanto determinati da un fisiologico *turn over*, già regolato da uno strumento contrattuale di tutela dell'occupazione; così Ministero del lavoro e delle politiche sociali, Interpello n. 22/2012 del 1 agosto 2012, cit. Nello stesso senso, si v. già le circolari del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, 29 novembre 1991, n. 155 e 28 maggio 2001, L/01. Sul punto, v. E. C. SCHIAVONE, *Cambio appalto*, cit., pp. 352 ss.

<sup>159</sup> Nonostante la sua chiara formulazione, la disposizione è stata usata dal Ministero per avvalorare la propria posizione; Ministero del lavoro e delle politiche sociali, Interpello n. 22/2012 del 1 agosto 2012, cit.

il medesimo trattamento economico e normativo<sup>160</sup>, a prescindere dal fatto che la riassunzione a pari condizioni sia avvenuta in adempimento o meno di una clausola sociale<sup>161</sup>.

L'esclusione prevista dall'art. 7, co. 4 *bis*, non opera, invece, allorquando i lavoratori non siano stati riassunti alle stesse condizioni, mancandone il presupposto fondamentale<sup>162</sup>.

L'ambito di operatività dell'eccezione incontra così di fatto un significativo limite. È infatti l'appaltatore uscente ad essere eventualmente esonerato dagli obblighi procedurali previsti dall'art. 24 della legge n. 223 del 1991 in applicazione dell'art. 7, co. 4 *bis*, del d.l. n. 248 del 2007. Nel momento in cui procede al licenziamento dei lavoratori in ragione del cambio d'appalto, egli non ha però alcuna certezza circa il fatto che i lavoratori verranno poi riassunti (alle stesse condizioni). Egli potrebbe non sapere chi sia il nuovo appaltatore subentrante né se sullo stesso gravi in effetti l'obbligo di riassumere tutti i lavoratori, né potrebbe comunque avere certezza del successivo adempimento dell'obbligo da parte di un diverso soggetto<sup>163</sup>.

Ragioni di cautela dovrebbero dunque spingere gli appaltatori uscenti ad applicare, comunque, le procedure previste nel ca-

---

<sup>160</sup> In giurisprudenza, Cass. civ., sez. lav., 22 novembre 2016, n. 23732, in *Giur. it.*, 2017, pp. 1170 ss., con nota di C. CORDELLA, *La successione dell'appalto tra licenziamento applicabile e trasferimento d'azienda*; Cass. civ., sez. lav., 11 aprile 2023, n. 9650, in *onelegale.wolterskluwer.it.*

<sup>161</sup> F. MARINELLI, *La tutela del posto*, cit., p. 229.

<sup>162</sup> Per la giurisprudenza, solo quando i lavoratori siano riassunti alle stesse condizioni «la situazione fattuale costituisce sufficiente garanzia per i lavoratori, risultandone la posizione adeguatamente tutelata, ed esonera dal rispetto dei requisiti procedurali richiamati dalla L. n. 223 del 1991, art. 24; come confermato anche dalle dichiarate finalità della disposizione, di "favorire la piena occupazione e di garantire l'invarianza del trattamento economico complessivo dei lavoratori", che concorrono ad individuare l'ambito dell'esonero dal rispetto della procedura collettiva»; Cass. civ., sez. lav., 11 aprile 2023, n. 9650, cit. Nello stesso senso, Cass. civ., sez. lav., 22 novembre 2016, n. 23732, in *onelegale.wolterskluwer.it*, che ha escluso che fosse sussumibile nella fattispecie di cui all'art. 7, co. 4 *bis*, un'ipotesi in cui i lavoratori, precedentemente assunti a tempo pieno, erano poi stati riassunti con un contratto a tempo parziale.

<sup>163</sup> V. BRINO, *Successione di appalti*, cit., p. 117. Si v. anche F. BASENGHI, *Decentramento organizzativo*, cit., p. 250.

so di licenziamento collettivo, potendo altrimenti rischiare di incorrere in vizi procedurali<sup>164</sup>.

### 7. *Gli appalti pubblici e le clausole di terza generazione nel PNRR*

Gli ultimi interventi di riforma hanno visto la disciplina dei contratti pubblici fare spazio anche al perseguimento di nuove finalità sociali rispetto a quelle tradizionali di tutela dell'equo trattamento e di salvaguardia dei livelli occupazionali, rispettivamente perseguite attraverso le clausole di prima e di seconda generazione.

Nel corso degli ultimi anni, il legislatore italiano ha, infatti, affiancato a questi obiettivi anche quelli ulteriori di promozione della parità di genere e generazionale nonché dell'inclusione lavorativa delle persone con disabilità o considerate "svantaggiate".

Si tratta di un'apertura in linea con quella già operata dal legislatore europeo con le Direttive del 2014. Queste avevano infatti già attribuito la facoltà agli Stati Membri di perseguire finalità riconducibili alla promozione dell'occupazione femminile e giovanile<sup>165</sup>.

Quanto, invece, alla promozione dell'inclusione dei lavoratori svantaggiati, riprendendo una misura già riscontrabile nella

---

<sup>164</sup> Invita alla cautela G. A. TALA, *Cambio di appalto*, cit., p. 673.

<sup>165</sup> Nell'ambito della Direttiva 2014/24/UE, il considerando 98, par. 2, prevede apertamente la possibilità che le condizioni di esecuzione dell'appalto vengano «intese a favorire l'attuazione di misure volte a promuovere l'uguaglianza tra uomini e donne nel lavoro, una maggiore partecipazione delle donne al mercato del lavoro e la conciliazione tra lavoro e vita privata, la protezione dell'ambiente o il benessere degli animali, a rispettare in sostanza le disposizioni delle convenzioni fondamentali dell'Organizzazione internazionale del lavoro (OIL) e ad assumere un numero di persone svantaggiate superiore a quello stabilito dalla legislazione nazionale». Un'apertura per l'inclusione lavorativa dei giovani viene invece fatta al successivo cons. 99, il quale prevede che i criteri di aggiudicazione e le condizioni di esecuzione possano «riferirsi, tra l'altro, all'assunzione di disoccupati di lunga durata, all'attuazione di azioni di formazione per disoccupati o giovani nel corso dell'esecuzione dell'appalto da aggiudicare». Di simile tenore sono le previsioni dei considerando 65 e 66 della Direttiva 2014/23/UE, in materia di concessioni, e dei considerando 103 e 104 della Direttiva 2014/25/UE, in materia di appalti speciali.

precedente Direttiva del 2004<sup>166</sup>, il diritto europeo disciplina l'istituto dei cosiddetti «contratti riservati»<sup>167</sup>.

A tali previsioni, più di recente il diritto europeo ha, inoltre, affiancato quelle della Direttiva 2023/970/UE, riconoscendo un ulteriore spazio al perseguimento della parità di genere, declinata nei termini della parità salariale, attraverso la contrattazione pubblica<sup>168</sup>. Tale Direttiva dedica, infatti, un'apposita previsione agli appalti ed alle concessioni pubblici, specificando che le «misure adeguate» che gli Stati membri adottano a norma dell'art. 18, par. 2, della Direttiva 2014/24/UE e delle simili previsioni delle altre direttive del 2014 «comprendono misure volte a garantire che, nell'esecuzione di appalti pubblici o concessioni, gli operatori economici rispettino i loro obblighi connessi al principio della parità di retribuzione» (art. 24, par. 1)<sup>169</sup>.

Le sollecitazioni provenienti dal diritto europeo hanno spinto, da tempo, altri Stati Membri a prevedere un impiego promozionale dei contratti pubblici, orientato anche al perseguimento

---

<sup>166</sup> Art. 19, Direttiva 2004/18/CE.

<sup>167</sup> Gli artt 20 e 77 della Direttiva 2014/24/UE prevedono l'istituto dei cosiddetti «appalti riservati», previsto anche dall'art. 38 della Direttiva 2014/25/UE in materia di appalti speciali. La Direttiva 2014/23/UE disciplina invece le «concessioni riservate» (art. 24).

<sup>168</sup> Sulla Direttiva v. M. L. VALLAURI, *Direttiva (UE) 2023/970: una nuova strategia per la parità retributiva*, in *Lav. dir. eur.*, 2023, n. 3, pp. 2 ss.; L. VALENTE, *Il lavoro delle donne, ieri ed oggi. Dall'accesso al mercato del lavoro alla direttiva Ue sulla trasparenza salariale*, in *Equal*, 2024, pp. 61-69; F. LAMBERTI, *Il paradigma della trasparenza retributiva come antidoto al gender pay gap*, in *Federalismi.it*, 2024, n. 3, pp. 248 ss.

<sup>169</sup> A tale previsione si aggiunge poi la possibilità per gli Stati membri «di imporre alle amministrazioni aggiudicatrici l'introduzione, se del caso, di sanzioni e condizioni di risoluzione che garantiscono il rispetto del principio della parità di retribuzione nell'esecuzione degli appalti pubblici e delle concessioni» oltre che di disporre l'esclusione dell'operatore economico dalla partecipazione alla gara se le stazioni appaltanti «sono in grado di dimostrare con qualsiasi mezzo adeguato la violazione degli obblighi di cui al paragrafo 1 del presente articolo in relazione al mancato rispetto degli obblighi di trasparenza retributiva o a un divario retributivo superiore al 5 %, non motivato dal datore di lavoro sulla base di criteri oggettivi e neutri sotto il profilo del genere, in una qualsiasi categoria di lavoratori» (art. 24, par. 2). Simili previsioni sono contenute anche nel considerando n. 57 della stessa Direttiva.

della parità di genere e generazionale e di inclusione dei soggetti svantaggiati<sup>170</sup>.

Nell'ordinamento italiano, l'apertura agli obiettivi sociali diversi dalla tutela dell'equo trattamento e della stabilità occupazionale è, invece, avvenuta in tempi abbastanza recenti, con la sola eccezione della disciplina dei contratti riservati, su cui si avrà modo di tornare<sup>171</sup>.

Gli ultimi interventi di riforma hanno infatti realizzato una un'ulteriore "mutazione funzionale" delle clausole sociali, che dovrebbe oggi consentire di parlare di clausole di «terza generazione»<sup>172</sup>, ancorché parte della dottrina abbia preferito riferirsi a tali novità attraverso l'espressione «clausole di seconda generazione "2.0"»<sup>173</sup>.

Si tratta di un processo avviato dal cosiddetto «Decreto Semplificazioni», il d. l. 31 maggio 2021, n. 77, come più volte si è detto, teso ad adattare la normativa degli appalti pubblici, allora contenuta nel d.lgs. n. 50 del 2016, agli obblighi derivanti

---

<sup>170</sup> Solo per fare un esempio si pensi a quanto già previsto dalla *Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público* (LCSP), che ha da tempo spinto le amministrazioni pubbliche spagnole all'uso promozionale della contrattazione pubblica, espressamente orientata dalla legge di settore al perseguimento di una molteplicità di finalità sociali, con forte sacrificio delle dinamiche concorrenziali. Così M. E. COMBA, *Green and Social Considerations in Public Procurement Contracts: A Comparative Approach*, in R. CARANTA, M. TRYBUS (eds.), *The Law of Green and Social Procurement in Europe*, Vol. II, DJØF Publishing, Copenhagen, 2010, pp. 305-306. Sulle finalità sociali nella legislazione spagnola, v. J. M. GIMENO FELIU, *La visión estratégica en la contratación pública en la LCSP: hacia una contratación socialmente responsable y de calidad*, in *Economía industrial*, 2020, n. 415, pp. 89 ss.; F. OLMO LÓPEZ, *Consideraciones sociales en la contratación pública: criterios de adjudicación y condiciones especiales de ejecución*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022; E. LARRAZABAL ASTIGARRAGA, *Cláusulas con perspectiva de género en la contratación pública*, Atelier, Barcellona, 2024.

<sup>171</sup> V. *infra* par. 8.

<sup>172</sup> C. GAROFALO, *La clausola di condizionalità per favorire l'occupazione di giovani e donne nel nuovo Codice degli appalti pubblici*, in *Equal*, 2024, p. 543. L'espressione è impiegata ad esempio da G. PIGLIALARMÌ, E. POIANI LANDI, *La contrattazione collettiva nel "nuovo" Codice dei contratti pubblici: problemi e prospettive*, in *Dir. rel. ind.*, 2024, p. 1060.

<sup>173</sup> In tal senso, v. F. DI NOIA, *Le clausole sociali*, cit., p. 629, che rinviene negli ultimi interventi normativi un mero ampliamento delle finalità perseguibili attraverso le clausole sociali. Si segnala che in dottrina si è anche parlato di «clausole di condizionalità»; così E. DE MARCO, *PNRR e contrasto alle disuguaglianze di genere*, in *Giur. it.*, 2022, pp. 2565 ss.; C. GAROFALO, *La clausola di condizionalità*, cit., p. 528 ss.

dal PNRR<sup>174</sup>, fra cui quelli riferibili alla promozione della parità di genere e generazionale<sup>175</sup>.

Proprio al fine di implementare tali finalità, l'art. 47 del decreto ha introdotto un insieme di misure destinate ad essere applicate ai soli appalti finanziati con le risorse stanziare nell'ambito del PNRR e del Piano nazionale per gli investimenti complementari al PNRR (PNC)<sup>176</sup>.

La riforma, nonostante prevedesse misure applicabili limitatamente ai cosiddetti "contratti PNRR e PNC", ha avuto il pregio di esaltare la funzione sociale della contrattazione pubblica «come strumento di correzione delle forme di iniqua distribuzione dei beni, intesi non solo come risorse e utilità, ma anche come opportunità»<sup>177</sup>, segnando un'ulteriore tappa nell'affermazione dei contratti pubblici come strumenti "pluri-funzionali" atti anche al perseguimento di obiettivi di stampo più marcatamente sociale<sup>178</sup>.

La spinta del PNRR è così servita a segnare un passo avanti nell'integrazione di finalità riferibili ad un uso socialmente responsabile della contrattazione pubblica nell'ordinamento ita-

---

<sup>174</sup> Cfr. M. LAMBERTI, *La riforma degli appalti pubblici tra PNRR e legge delega: verso il rafforzamento delle clausole sociali?*, in *Dir. mer. lav.*, 2022, pp. 589 ss.

<sup>175</sup> In dottrina è stato detto che «la parità di genere e generazionale permea tutta la impostazione del PNRR, secondo un approccio orizzontale»; T. TREU, *PNRR, politiche pubbliche e partecipazione sociale*, in *Lav. dir. eur.*, 2023, n. 1, p. 16. Nello stesso senso, v. P. CERULLO, *Recovery Plan, PNRR e Gender Gap*, in *Lav. dir. Eur.*, 2021, n. 2, p. 4. Sulle misure intese a promuovere la parità di genere in attuazione del PNRR, v. L. ZAPPALÀ, *La parità di genere al tempo del PNRR: tra trasparenza, certificazione e misure premiali*, in *Lav. dir. eur.*, 2022, n. 3, pp. 2 ss.; E. DE MARCO, *PNRR e contrasto*, cit., pp. 2528 ss.; M. MIRACOLINI, *La parità di genere nel pubblico impiego. Potenzialità e limiti dai contributi del PNRR*, in *Equal*, 2024, p. 437 ss.

<sup>176</sup> Sulla disciplina introdotta nel 2021, v. I. GOBBATO, L. DE MENECH, *Le misure introdotte per la garanzia della parità di genere e il coinvolgimento dei lavoratori disabili, anche in relazione agli appalti pubblici e ai progetti del PNRR*, in *Lav. dir. eur.*, 2021, n. 4, pp. 2 ss.; M. LAMBERTI, *La riforma*, cit., pp. 589 ss.; F. PANTANO, *Clausole sociali*, cit., pp. 180 ss.; E. DE MARCO, *PNRR e contrasto*, cit., pp. 2565 ss.; M. MIRACOLINI, *La parità di genere*, cit., pp. 453 ss.

<sup>177</sup> D. CAPOTORTO, *Giustizia sociale e pari opportunità nei contratti pubblici per la ripresa post-pandemica*, in *Nuove Autonomie*, 2021, p. 803.

<sup>178</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. III, 29 dicembre 2023, n. 11322, in *onelegale.wolterskluwer.it*.

liano<sup>179</sup>, aprendo la strada ai successivi interventi normativi che hanno introdotto disposizioni orientate al perseguimento della parità anche al di fuori dei cosiddetti “contratti PNRR”.

In linea di ideale continuità con le novità introdotte nel Decreto Semplificazioni, un’ulteriore riforma del 2022 ha modificato il testo del precedente Codice, introducendo un nuovo criterio premiale<sup>180</sup> per le imprese che avessero dimostrato il possesso della certificazione di parità di genere *ex art. 46 bis* del decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198, meglio noto come «Codice delle pari opportunità»<sup>181</sup>.

Si tratta di una previsione applicabile in via generale, anche al di fuori degli “contratti PNRR”, che appare perfettamente in linea con gli obiettivi che di lì a poco sarebbero stati promossi dalla Direttiva 2023/970/UE<sup>182</sup>.

La medesima disposizione è, successivamente, confluita nell’art. 108, co. 7, del Codice del 2023 il quale richiede di prevedere «nei bandi di gara, negli avvisi e negli inviti, il maggior punteggio da attribuire alle imprese per l’adozione di politiche tese al raggiungimento della parità di genere comprovata dal possesso della certificazione della parità di genere di cui all’arti-

---

<sup>179</sup> V. CAIMI, S. SANSONETTI, *The social impact*, cit., p. 118.

<sup>180</sup> V. art. 95 del d.lgs. n. 50 del 2006, come modificato dall’art. 34 del decreto legge 30 aprile 2022, n. 36, convertito con modificazioni dalla legge 29 giugno 2022, n. 79. Cfr. L. ZAPPALÀ, *La parità di genere*, cit., pp. 12-13.

<sup>181</sup> Si tratta di una procedura volontaria di certificazione, istituita dall’art. 4 della legge 5 novembre 2021, n. 162, sempre in attuazione degli obiettivi del PNRR, come strumento di trasparenza che ha l’ambizioso obiettivo di «mappare e plasmare dall’interno i processi aziendali, di valutarne l’impatto, la performance, di discuterne le risultanze, di misurarne le ricadute e, nel tempo, le prospettive di miglioramento verso una effettiva parità di retribuzioni, di carriere, di responsabilità»; L. ZAPPALÀ, *La parità di genere*, cit., pp. 9. Su tale strumento, v. A. ZILLI, *La trasparenza nel lavoro subordinato. Principi e tecniche di tutela*, Pacini Giuridica, Pisa, 2022, pp. 169 ss.; L. CASANO, *Certificazione della parità di genere e trasparenza: riflessioni a margine della prima attuazione del sistema*, in *Equal*, 2024, pp. 162 ss.

<sup>182</sup> Sulla certificazione di parità di genere come strumento attuativo della trasparenza salariale, v. A. ZILLI, *La trasparenza*, cit., p. 169; A. GABRIELE, *Contratto di lavoro e diritto al tempo per la cura*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2024, p. 115. Criticam. sul livello di trasparenza in concreto garantito dallo strumento, v. F. GUARRIELLO, *Mercato e valori nel contrasto al gender pay gap: trasparenza, informazione, certificazione*, in *Riv. giur. lav.*, 2024, I, pp. 408 ss., che evoca il rischio di «pink washing» connesso alla certificazione.

colo 46 *bis* del Codice delle pari opportunità tra uomo e donna, di cui al decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198».

Il nuovo Codice non si è però limitato a recepire le novità già introdotte dalle precedenti riforme, rappresentando invece un'ulteriore e decisiva tappa nel processo di integrazione delle finalità di promozione della parità di genere e generazionale e dell'inclusione lavorativa nel diritto dei contratti pubblici.

Anche in attuazione di quanto previsto dalla legge delega n. 78 del 2022<sup>183</sup>, il Codice ha implementato, con portata generale<sup>184</sup>, l'obbligo di inserire nei bandi di gara clausole finalizzate a promuovere i succitati obiettivi.

L'art. 57 stabilisce, infatti, l'obbligo della stazione appaltante di inserire «clausole sociali con le quali sono richieste, come requisiti necessari dell'offerta» misure idonee a «garantire le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate» (co. 1, lett. a).

Anche in questo caso, l'obbligo è ulteriormente integrato dall'art. 102, che impone agli operatori economici di indicare le modalità con cui intendano fare fronte al relativo impegno.

## 8. *I contratti riservati nel d.lgs. n. 36 del 2023*

Se per quanto attiene all'ordinamento italiano l'attenzione per la parità di genere e generazionale deve ritenersi una novità della normativa primaria in materia di contratti pubblici, lo stesso non può del tutto dirsi per gli obiettivi di inclusione dei lavoratori disabili e di quelli considerati «svantaggiati».

---

<sup>183</sup> Secondo quanto previsto dall'art. 1, lett. h), num. 1, il nuovo Codice avrebbe dovuto prevedere l'obbligo per le stazioni appaltanti di inserire specifiche clausole sociali con le quali fossero indicati, come requisiti necessari dell'offerta, criteri orientati a «promuovere meccanismi e strumenti anche di premialità per realizzare le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate».

<sup>184</sup> Ciò era stato auspicato in: V. CAIMI, S. SANSONETTI, *The social impact*, cit., p. 119.

E infatti, in attuazione del diritto europeo<sup>185</sup>, già i precedenti Codici dei Contratti Pubblici avevano prestato attenzione a tale obiettivo attraverso l'istituto dei cosiddetti "contratti riservati".

Si tratta di spazi che vengono, di fatto, sottratti al gioco concorrenziale "puro", perché consentono agli Stati di riservare la partecipazione alla gara pubblica a taluni operatori, in ragione delle finalità da essi perseguite, o riservandone l'esecuzione nell'ambito di programmi di lavoro protetti<sup>186</sup>. Attraverso «un'impostazione derogatoria agli obblighi di concorrenza», si persegue così l'obiettivo di «garantire una preminenza tanto valoriale quanto esecutiva alle esigenze di garantire la tutela del lavoro delle categorie sociali svantaggiate»<sup>187</sup>.

In tale ottica, dapprima il Codice del 2006 ha previsto la possibilità per le stazioni appaltanti di «riservare la partecipazione alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, in relazione a singoli appalti, o in considerazione dell'oggetto di determinati appalti, a laboratori protetti nel rispetto della normativa vigente, o riservarne l'esecuzione nel contesto di programmi di lavoro protetti quando la maggioranza dei lavoratori interessati è composta di disabili i quali, in ragione della natura o della gravità del loro handicap, non possono esercitare un'attività professionale in condizioni normali [...]»<sup>188</sup>.

Al fine di superare i limiti applicativi di tale disciplina<sup>189</sup>, il successivo Codice ha invece previsto una più generale facoltà delle stazioni appaltanti e degli enti concedenti di «riservare il diritto di partecipazione alle procedure di appalto e a quelle di concessione o possono riservarne l'esecuzione ad operatori economici e a cooperative sociali e loro consorzi il cui scopo principale sia l'integrazione sociale e professionale delle persone con disabilità o svantaggiate o possono riservarne l'esecuzione nel contesto di programmi di lavoro protetti quando almeno il 30 per cento dei lavoratori dei suddetti operatori economici sia

---

<sup>185</sup> Da ultimo, per gli appalti riservati artt. 20 e 77, Direttiva 2014/24/UE, e per le concessioni riservate art. 24, Direttiva 2014/23/UE.

<sup>186</sup> M. GIACONI, *L'impiego strategico*, cit., p. 154.

<sup>187</sup> G. GROE, *Le clause sociali tra stabilità occupazionale e sostenibilità ambientale*, in *Dir. proc. amm.*, 2023, p. 1025.

<sup>188</sup> Art. 52, d.lgs. n. 163 del 2006.

<sup>189</sup> G. GROE, *Le clause sociali*, cit., p. 1025.

composto da lavoratori con disabilità o da lavoratori svantaggiati»<sup>190</sup>.

La stessa facoltà è oggi confluita nella disciplina dettata dall'art. 61 del d.lgs. n. 36 del 2023<sup>191</sup>.

Ed è sempre nell'ambito dei contratti riservati che l'attuale Codice dei contratti pubblici ha, almeno nella sua formulazione originaria, inteso disciplinare anche alcune specifiche misure volte a promuovere anche la parità di genere e generazionale.

Richiamando l'obbligo già ricavabile in via generale per le stazioni appaltanti e gli enti concedenti dall'art. 57 del Codice, il successivo co. 2, oggi abrogato, disponeva espressamente che le stazioni appaltanti e gli enti concedenti avrebbero dovuto prevedere «nei bandi di gara, negli avvisi e negli inviti, come requisiti necessari o come ulteriori requisiti premiali dell'offerta, meccanismi e strumenti idonei a realizzare le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate»<sup>192</sup>.

Inoltre, la medesima disposizione specificava gli strumenti a disposizione delle stazioni appaltanti al fine di perseguire i detti obiettivi, attraverso il rinvio all'All. II.3. L'art. 61, co. 4, nella sua formulazione precedente alla riforma operata dal d.lgs. n. 209 del 2024 attribuiva infatti all'allegato il compito di individuare i «meccanismi e strumenti premiali per realizzare le pari opportunità generazionali e di genere e per promuovere l'inclusione lavorativa delle persone disabili».

A tal fine, l'All. II.3 prevedeva un ampio elenco di misure, sostanzialmente ripreso dalla disciplina già introdotta per i cosid-

---

<sup>190</sup> Art. 112 del d.lgs. n. 50 del 2016. Sulla disciplina degli appalti riservati, nel diritto europeo e nei precedenti Codici, v. S. VARVA, *I lavoratori svantaggiati*, in M. T. CARINCI, C. CESTER, M. G. MATTAROLO, F. SCARPELLI (a cura di), *Tutela e sicurezza*, cit., pp. 378 ss.; M. GIACONI, *L'impiego strategico*, cit., pp. 151 ss.; A. RICCOBONO, *Diritto del lavoro e terzo settore*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020, pp. 255 ss.

<sup>191</sup> Il co. 1 dell'art. 61 nella sua formulazione originaria presentava un contenuto sostanzialmente identico al precedente Codice. La disposizione è stata poi riformata dall'art. 24, co. 1, lett. a), d.lgs. n. 209 del 2024, senza però apportare significative modifiche (in particolare, ha soppresso le parole «dei suddetti operatori economici», inizialmente contenute nel testo originale della disposizione).

<sup>192</sup> Si v. la formulazione originaria dell'art. 61, co. 2, del d.lgs. n. 36 del 2023, oggi abrogato dall'art. 24, co. 1, lett. b), d.lgs. n. 209 del 2024.

detti “contratti PNRR” dal d.l. n. 77 del 2021, rimasta peraltro applicabile a tali contratti anche a seguito dell’entrata in vigore del d.lgs. n. 36 del 2023<sup>193</sup>.

Nel disegno originario del Codice, l’All. II.3 avrebbe dovuto operare solo «in sede di prima applicazione»<sup>194</sup>, in attesa dell’entrata in vigore di un «regolamento adottato ai sensi dell’articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta dell’Autorità delegata per le pari opportunità e per le disabilità, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, il Ministro del lavoro e delle politiche sociali». Tale regolamento, una volta entrato in vigore, avrebbe dovuto abrogare l’All. II.3 e sostituirlo integralmente anche in qualità di allegato al Codice<sup>195</sup>.

Il Governo è effettivamente intervenuto con un d.p.c.m. del 20 giugno 2023, adottato in attuazione dell’art. 1, co. 8, dell’allegato, a delineare «Linee guida volte a favorire le pari opportunità generazionali e di genere, nonché l’inclusione lavorativa delle persone con disabilità nei contratti riservati».

Più che a sostituire l’All. II.3, tali linee guida hanno però finito per integrarne i contenuti, delineando le modalità e i criteri applicativi delle misure già ivi disciplinate, sulla falsariga di quanto già previsto nelle linee guida già adottate dal Governo in attuazione dell’art. 47 del Decreto Semplificazioni<sup>196</sup>.

---

<sup>193</sup> Secondo la giurisprudenza «per le procedure di affidamento di contratti finanziati con le risorse previste dal PNRR e dal PNC, per quanto non derogato o comunque non diversamente disciplinato dal D.L. n. 77 del 2021, deve applicarsi il d.lgs. n. 36 del 2023, in forza dell’art. 226 del nuovo Codice dei contratti pubblici», a eccezione di quanto previsto dall’art. 225, co. 8, che dispone la perdurante vigenza delle sole disposizioni speciali in materia di contratti PNRR (tra cui gli artt. 47 e ss. d.l. n. 77 del 2021); *ex multis* v. TAR Toscana Firenze, sez. II, 23 aprile 2024, n. 493, in *giustizia-amministrativa.it*.

<sup>194</sup> Si. v. la formulazione originaria dell’art. 61, co. 4, del d.lgs. n. 36 del 2023.

<sup>195</sup> Si. v. la formulazione originaria dell’art. 61, co. 5, del d.lgs. n. 36 del 2023.

<sup>196</sup> D.p.c.m. del 7 dicembre 2021.

9. *Le misure di promozione della parità occupazionale dopo il d.lgs. n. 209 del 2024*

Come s'è poc'anzi osservato, nel disegno originario del Codice, l'art. 57 del d.lgs. n. 36 del 2023 ha introdotto un obbligo generale di inserire nei bandi di gara, negli avvisi e negli inviti clausole sociali per richiedere come requisiti necessari dell'offerta misure finalizzate a garantire le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate.

L'impostazione è identica a quella prevista per le clausole sociali di stabilità occupazionale.

Da una parte, è resa obbligatoria la previsione nei bandi di gara, negli avvisi e inviti di clausole volte a promuovere gli obiettivi di parità e di promozione dell'occupazione per tutti i contratti di appalto di lavori (diversi da quelli aventi natura intellettuale) e servizi e di concessione.

Dall'altra, queste misure sono richieste come "requisiti necessari dell'offerta", secondo il tenore dell'art. 57. Ai fini della partecipazione alla gara è, dunque, richiesto agli operatori di assumersi il relativo impegno, oltre all'indicazione delle modalità con cui intendano rispettare i detti obblighi *ex art.* 102.

Nell'impostazione originaria del Codice, nel declinare tali misure e i conseguenti impegni degli operatori economici, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti godevano di un'ampia discrezionalità. Questi erano infatti lasciati sostanzialmente liberi di declinare le "misure adeguate" da inserire nei bandi in applicazione dell'obbligo di cui all'art. 57, non essendo vincolati a rispettare la disciplina speciale prevista dall'All. II.3 ma solo alla previsione di apposite clausole<sup>197</sup>.

E infatti, la disciplina contenuta nell'All. II.3, poi, specificata nelle Linee guida dettate dal d.p.c.m. del 20 giugno 2023, non

---

<sup>197</sup> Come nel caso delle clausole di seconda generazione, il bando che non prevedesse le nuove clausole potrebbe essere impugnato al fine di farne valere l'illegittimità; TAR Emilia-Romagna Bologna, sez. II, 11 febbraio 2025, n. 128, cit.

trovava applicazione al di fuori dei contratti riservati *ex art. 61*<sup>198</sup>.

Tale quadro è profondamente mutato a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 209 del 2024. Il correttivo ha infatti attribuito una nuova funzione all'All. II.3 e alle misure ivi disciplinate, non limitandole più ai soli contratti riservati.

Il decreto ha modificato il testo dell'art. 57 del Codice, introducendo il nuovo co. 2 *bis*<sup>199</sup>, ai sensi del quale: «l'allegato II.3 prevede meccanismi e strumenti premiali per realizzare le pari opportunità generazionali e di genere e per promuovere l'inclusione lavorativa delle persone con disabilità o persone svantaggiate».

Il medesimo provvedimento ha, inoltre, abrogato le disposizioni che avrebbero dovuto determinare la soppressione dell'All. II.3<sup>200</sup>, adesso intitolato «Clausele sociali e meccanismi premiali per realizzare le pari opportunità generazionali e di genere e per promuovere l'inclusione lavorativa delle persone con disabilità o persone svantaggiate»<sup>201</sup>. In tal modo, all'allegato è stato affidato il nuovo compito di integrare l'art. 57, specificando le modalità attraverso le quali le stazioni appaltanti e gli enti concedenti devono perseguire le pari opportunità generazionali e di genere e promuovere l'inclusione lavorativa delle persone con disabilità o svantaggiate. E infatti, per le finalità diverse dalla stabilità occupazionale, l'obbligo declinato in via generale all'art. 57, co. 1, lett. a), trova oggi una specificazione nel successivo co. 2 *bis*, realizzata tramite il rinvio all'allegato.

L'obiettivo della riforma del 2024 era quello di restringere l'iniziale ampia discrezionalità che, come si è detto, il Codice dei contratti pubblici aveva riservato alle stazioni appaltanti e agli

---

<sup>198</sup> Si è parlato di un problema di coordinamento tra quanto previsto, in linea generale, dall'art. 57 e la disciplina speciale dei contratti riservati di cui all'art. 61, co. 2, e l'All. II.3; così, C. GAROFALO, *La clausola di condizionalità*, cit., pp. 536 ss. Il difetto di coordinamento è stato segnalato anche dall'ANAC, *Nota illustrativa al Bando tipo n. 1/2023*, 19 luglio 2023, pp. 22-23, ove erano stati segnalati «problemi di coordinamento e di compatibilità tra le diverse disposizioni volte a favorire le pari opportunità e l'inclusione lavorativa dei soggetti svantaggiati, con il rischio di pregiudicarne la corretta e proficua applicazione».

<sup>199</sup> Il co. 2 *bis* è stato infatti introdotto dall'art. 21, d.lgs. n. 209 del 2024.

<sup>200</sup> Art. 24, co. 1, lett. d) e e), d.lgs. n. 209 del 2024.

<sup>201</sup> Il titolo dell'allegato è stato modificato dall'art. 27, d.lgs. n. 209 del 2024.

enti concedenti nella definizione delle misure adeguate richieste dall'art. 57. Il timore era infatti quello che gli strumenti predisposti dai bandi di gara e dagli avvisi potessero tradursi in una limitazione della partecipazione alle procedure di aggiudicazione<sup>202</sup>.

Il rinvio all'allegato oggi operato dall'art. 57, co. 2 *bis*, sembra tuttavia avere avuto l'effetto di ampliare il novero di obblighi che devono essere assunti dai concorrenti che aspirino ad aggiudicarsi una commessa pubblica.

Molte delle previsioni dell'All. II.3 sono, infatti, cogenti a prescindere da uno specifico riferimento nei bandi di gara, senza che sia del tutto venuto meno lo spazio di discrezionalità delle stazioni appaltanti.

Anzitutto, tutti gli operatori economici che impieghino un numero di dipendenti superiore a cinquanta, sono oggi tenuti a produrre al momento di presentazione dell'offerta l'ultima copia del «rapporto sulla situazione del personale» ex art. 46 del Codice delle pari opportunità<sup>203</sup>, «con attestazione della sua conformità a quello trasmesso alle rappresentanze sindacali aziendali e alla consigliera e al consigliere regionale di parità ai sensi del comma 2 del citato articolo 46, ovvero, in caso di inosservanza dei termini previsti dal comma 1 del medesimo articolo 46, con attestazione della sua contestuale trasmissione alle rappresentanze sindacali aziendali e alla consigliera e al consigliere regionale di parità».

---

<sup>202</sup> Si afferma chiaramente nella relazione illustrativa al correttivo (*Decreto legislativo recante disposizioni integrative e correttive al codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36. Relazione illustrativa*, pp. 30 ss.), che il rinvio all'allegato mira ad attuare le previsioni dell'art. 57 «in modo da scongiurare l'introduzione di oneri eccessivi che rischiano di funzionare da barriera all'accesso o di essere sistematicamente disattesi, ricorrendo al meccanismo di deroga» (p. 39).

<sup>203</sup> Si tratta di un rapporto finalizzato a verificare le misure adottate dai datori di lavoro per ridurre il divario di genere. Il rapporto riguarda la situazione del personale femminile e maschile in ognuna delle professioni e in relazione allo stato delle assunzioni, della formazione, della promozione professionale, dei livelli, dei passaggi di categoria o di qualifica, di altri fenomeni di mobilità, dell'intervento della cassa integrazione guadagni, dei licenziamenti, dei prepensionamenti e pensionamenti, nonché della retribuzione effettivamente corrisposta.

Il rispetto di tale obbligo, che grava solo su aziende che sono già tenute dal Codice delle pari opportunità alla redazione del rapporto<sup>204</sup>, è previsto a pena di esclusione<sup>205</sup>.

Gli operatori economici che, invece, impieghino un numero di dipendenti compreso fra quindici e cinquanta, devono consegnare una «relazione di genere sulla situazione del personale maschile e femminile» dal contenuto simile al rapporto sulla situazione del personale e, come questo, da trasmettere anche alle rappresentanze sindacali aziendali e alla consigliera e al consigliere regionale di parità<sup>206</sup>.

A ciò si aggiunge l'ulteriore obbligo di consegnare la dichiarazione di regolarità sul diritto al lavoro delle persone con disabilità, disciplinata dall'art. 17 della legge 12 marzo 1999, n. 68, insieme ad una relazione sull'assolvimento degli obblighi previsti dalla stessa legge<sup>207</sup>.

In entrambi i casi, la consegna deve avvenire entro il termine di sei mesi dalla conclusione del contratto. Di conseguenza, l'eventuale violazione di tali prescrizioni non comporta

---

<sup>204</sup> Lo strumento è stato oggetto di riforma da parte della legge 5 novembre 2021, n. 162 che ha modificato la disciplina già prevista dall'art. 46 del Codice delle pari opportunità di cui al decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198, estendendo l'obbligo di redigere il rapporto alle imprese con più di 50 dipendenti. Per le imprese con un numero di dipendenti inferiore a cinquanta, la redazione del rapporto è invece volontaria. Cfr. L. ZAPPALÀ, *La parità di genere*, cit., 6 ss.; A. GABRIELE, *Contratto di lavoro*, cit., 115 ss.

<sup>205</sup> Art. 1, co. 1, All. II.3 al d.lgs. n. 36 del 2023.

<sup>206</sup> Art. 1, co. 2, All. II.3 al d.lgs. n. 36 del 2023, il quale prevede un obbligo di consegna di una «relazione di genere sulla situazione del personale maschile e femminile in ognuna delle professioni e in relazione allo stato di assunzioni, della formazione, della promozione professionale, dei livelli, dei passaggi di categoria o di qualifica, di altri fenomeni di mobilità, dell'intervento della Cassa integrazione guadagni, dei licenziamenti, dei prepensionamenti e pensionamenti, della retribuzione effettivamente corrisposta», disponendo inoltre che la relazione venga «tramessa alle rappresentanze sindacali aziendali e alla consigliera e al consigliere regionale di parità».

<sup>207</sup> Art. 1, co. 3, All. II.3 al d.lgs. n. 36 del 2023. Come chiarito dalle *Linee guida*, cit.: «l'obbligo di cui al comma 3 si aggiunge a quello già previsto, in via generale, dall'art. 17 della legge 12 marzo 1999, n. 68, ai sensi del quale le imprese che partecipino a bandi per appalti pubblici o intrattengano rapporti convenzionali o di concessione con pubbliche amministrazioni devono presentare preventivamente alla controparte pubblica, a pena di esclusione dalla gara, la dichiarazione del proprio legale rappresentante che attesti di essere in regola con le norme che disciplinano il diritto al lavoro delle persone con disabilità».

l'esclusione dalla gara, trattandosi di impegni da assolvere a seguito del perfezionamento del contratto. In questi casi, sono gli stessi contratti d'appalto a dover prevedere le penali applicabili, da commisurarsi alla gravità dell'inadempimento<sup>208</sup>.

Tuttavia, in aggiunta a tali penali, lo stesso allegato prevede che la violazione dell'obbligo di consegna della relazione di genere comporti «l'impossibilità per l'operatore economico di partecipare, in forma singola ovvero in raggruppamento temporaneo, per un periodo di dodici mesi a ulteriori procedure di affidamento»<sup>209</sup>.

L'ampio ventaglio di (nuovi) obblighi fin qui richiamati si applica a prescindere da una specifica previsione del bando di gara o dell'avviso<sup>210</sup>.

Le stazioni appaltanti sono, però, lasciate libere anche di prevedere ulteriori «clausole dirette all'inserimento, come requisiti necessari e come ulteriori requisiti premiali dell'offerta, di criteri orientati a promuovere l'imprenditoria giovanile, l'inclusione lavorativa delle persone disabili, la parità di genere e l'assunzione di giovani, con età inferiore a trentasei anni, e donne»<sup>211</sup>.

Si tratta di misure che vengono, in linea di principio, ancora oggi rimesse alla discrezionalità della stazione appaltante. Come si era anticipato, nonostante l'intento del legislatore delegato, non è stata affatto elisa la discrezionalità rimessa alle stazioni appaltanti.

Anzi, si chiarisce oggi definitivamente che detta discrezionalità può essere esercitata anche al fine di tener conto delle esigenze di promozione della parità occupazionale nella declina-

---

<sup>208</sup> L'art. 1, co. 6, primo periodo, All. II.3 al d.lgs. n. 36 del 2023 prevede che: «i contratti di appalto prevedono l'applicazione di penali per l'inadempimento dell'appaltatore agli obblighi di cui al comma 2, al comma 3 ovvero al comma 4, commisurate alla gravità della violazione e proporzionali rispetto all'importo del contratto o alle prestazioni del contratto».

<sup>209</sup> Art. 1, co. 6, secondo periodo, All. II.3 al d.lgs. n. 36 del 2023.

<sup>210</sup> Questi potrebbero comunque contenere specifica menzione dei detti obblighi, «per esigenza di certezze dei rapporti giuridici e di tutela dell'affidamento degli operatori economici»; così le *Linee guida*, cit. (sulla funzione interpretativa delle *Linee guida*, dopo il correttivo, v. *infra* par. 10).

<sup>211</sup> Art. 1, co. 4, All. II.3 al d.lgs. n. 36 del 2023.

zione dei criteri premiali<sup>212</sup>, ulteriormente a quanto già previsto in via generale dall'art. 108<sup>213</sup>.

Rispetto a tale facoltà, solo a titolo esemplificativo<sup>214</sup> l'allegato contiene un elenco di misure premiali che possono essere introdotte dalle stazioni appaltanti<sup>215</sup>.

Secondo quanto previsto dall'allegato, il contenuto delle misure premiali e dei requisiti necessari va, però, specificatamente determinato «tenendo, tra l'altro, conto dei principi di libera concorrenza, proporzionalità e non discriminazione, nonché dell'oggetto del contratto, della tipologia e della natura del singolo progetto in relazione ai profili occupazionali richiesti, dei

---

<sup>212</sup> Sulla questione, nell'originaria formulazione del Codice, v. C. GAROFALO, *La clausola di condizionalità*, cit., pp. 535-536.

<sup>213</sup> *Supra* par. 7.

<sup>214</sup> F. PANTANO, *Clausole sociali*, cit., p. 181.

<sup>215</sup> Art. 1, co. 5, All. II.3 al d.lgs. n. 36 del 2023, secondo cui le ulteriori misure premiali possono prevedere l'assegnazione di un punteggio aggiuntivo all'offerente o al candidato che: «a) nei tre anni antecedenti la data di scadenza del termine di presentazione delle offerte, non risulti destinatario di accertamenti relativi ad atti o comportamenti discriminatori ai sensi dell'articolo 44 del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, dell'articolo 4 del decreto legislativo 9 luglio 2003, n. 215, dell'articolo 4 del decreto legislativo 9 luglio 2003, n. 216, dell'articolo 3 della legge 1° marzo 2006, n. 67, degli articoli 35 e 55-quinquies del codice delle pari opportunità tra uomo e donna di cui al decreto legislativo n. 198 del 2006, ovvero dell'articolo 54 del testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità di cui al decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151; b) utilizzi o si impegni a utilizzare specifici strumenti di conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro per i propri dipendenti, nonché modalità innovative di organizzazione del lavoro; c) si impegni ad assumere, oltre alla soglia minima percentuale prevista come requisito di partecipazione, persone disabili, giovani, con età inferiore a trentasei anni, e donne per l'esecuzione del contratto o per la realizzazione di attività a esso connesse o strumentali; d) abbia, nell'ultimo triennio, rispettato i principi della parità di genere e adottato specifiche misure per promuovere le pari opportunità generazionali e di genere, anche tenendo conto del rapporto tra uomini e donne nelle assunzioni, nei livelli retributivi e nel conferimento di incarichi apicali; e) abbia, nell'ultimo triennio, rispettato gli obblighi di cui alla legge n. 68 del 1999; f) abbia presentato o si impegni a presentare per ciascuno degli esercizi finanziari, ricompresi nella durata del contratto di appalto, una dichiarazione volontaria di carattere non finanziario ai sensi dell'articolo 7 del decreto legislativo 30 dicembre 2016, n. 254».

principi dell'Unione europea, degli indicatori degli obiettivi attesi in termini di occupazione femminile e giovanile e di tasso di occupazione delle persone disabili al 2026, anche in considerazione dei corrispondenti valori medi nonché dei corrispondenti indicatori medi settoriali europei in cui vengono svolti i progetti»<sup>216</sup>.

In tal senso, l'All. II.3 pare imporre limiti più ampi di quelli ricavabili dall'art. 57. E infatti, la disposizione del Codice si limita a prevedere che le clausole sociali previste negli atti di gara debbano rispettare i principi dell'Unione europea. L'allegato, oltre a elencare espressamente i principi di libera concorrenza, proporzionalità e non discriminazione, prevede un novero più ampio di esigenze da bilanciare e di circostanze di cui tener conto, individuate peraltro con un certo grado di ambiguità.

Infine, al di là delle previsioni che le stazioni appaltanti e gli enti concedenti decidano di inserire, l'allegato stabilisce che, anche in assenza di apposita previsione del bando e a prescindere da limiti quantitativi, sono da considerarsi requisiti necessari dell'offerta: «l'aver assolto, al momento della presentazione dell'offerta stessa, agli obblighi di cui alla legge n. 68 del 1999», e, ulteriormente, «l'assunzione dell'obbligo di assicurare, in caso di aggiudicazione del contratto, una quota pari almeno al 30 per cento, delle assunzioni necessarie per l'esecuzione del contratto o per la realizzazione di attività a esso connesse o strumentali, sia all'occupazione giovanile sia all'occupazione femminile»<sup>217</sup> (cosiddette «quote riservate»<sup>218</sup>).

Quanto all'apparato sanzionatorio, quando le misure siano definite come «requisiti necessari dell'offerta» deve ritenersi che il loro rispetto sia previsto a pena di esclusione dalla gara<sup>219</sup>.

---

<sup>216</sup> Art. 1, co. 4, All. II.3 al d.lgs. n. 36 del 2023.

<sup>217</sup> Art. 1, co. 4, ult. periodo, All. II.3 al d.lgs. n. 36 del 2023.

<sup>218</sup> Sulle quote riservate, v. *infra* par. 10.

<sup>219</sup> Tale conseguenza si evince dalla giurisprudenza già formatasi con riguardo art. 47, co. 4, d.l. n. 77 del 2021, sulla scorta della specifica qualificazione dell'obbligo di assunzione di quote riservate come requisito necessario dell'offerta; cfr. Cons. Stato, sez. V, 20 marzo 2024, n. 2688, in *giustizia-amministrativa.it*. Più di recente, v. anche Cons. Stato, sez. V, 18 agosto 2025, n. 7065, in *giustizia-amministrativa.it*, che ha altresì chiarito che le clausole del bando impositive dell'esclusione non violerebbero il principio di tassatività delle cause di esclusione previsto dall'art. 10 del Codice, proprio in virtù della qualificazione delle dette clausole come requisiti necessari

L'eventuale violazione di questi vincoli dovrebbe rilevare anche a seguito dell'aggiudicazione dell'offerta. In fase esecutiva, la violazione degli obblighi assunti dall'operatore economico integra un inadempimento contrattuale, che sembrerebbe dover essere censurato dalla stazione appaltante, attraverso l'applicazione delle penali previste dallo stesso contratto di appalto, in misura proporzionale alla violazione<sup>220</sup>. E lo stesso dovrebbe avvenire nel caso in cui vengano violati gli altri obblighi che siano stati assunti per ottenere eventuali punteggi premiali.

### 10. *Le "quote riservate" per donne e giovani*

Per una sorta di eterogenesi dei fini, la riforma del 2024 ha, di fatto, avuto l'effetto di ampliare, piuttosto che restringere, gli obblighi imposti agli operatori economici.

Il decreto correttivo ha infatti esteso l'ambito di applicazione di una disciplina inizialmente pensata per essere applicata ai contratti riservati<sup>221</sup> (e prima ancora ai "contratti PNRR"), attribuendogli una portata generale.

Nel compiere tale operazione, il legislatore delegato non è, però, intervenuto in alcun modo sui contenuti dell'allegato, che a loro volta si sono limitati a riprodurre pedissequamente quanto già previsto dall'art. 47 d. l. n. 77 del 2021.

In tal modo, si è persa l'occasione per coordinare l'allegato con il nuovo Codice e con la nuova funzione ad esso attribuita. Né tantomeno sono stati risolti i dubbi interpretativi e le questioni applicative relativi agli obblighi ivi contenuti, già manifestatisi in applicazione delle identiche previsioni del Decreto Semplificazioni.

Peraltro, i timori che hanno spinto il legislatore delegato a intervenire in materia nel 2024 parevano infondati.

Se si guarda alla casistica oggetto della giurisprudenza amministrativa emerge, infatti, una chiara inclinazione delle sta-

---

dell'offerta, per cui «la previsione dell'assunzione dell'obbligo a pena di esclusione è da ritenersi discendente direttamente dalla legge».

<sup>220</sup> In tal senso, depone il tenore letterale dell'art. 1, co. 6, primo periodo, All. II.3 al d.lgs. n. 36 del 2023.

<sup>221</sup> Cfr. F. DI NOIA, *Le clausole sociali*, cit., pp. 634 ss.

zioni appaltanti a inserire clausole modellate sulla scorta di quanto previsto dall'All.II.3, già prima del rinvio operato dall'art. 57, co. 2 *bis*.

In particolare, in attuazione dell'obbligo di cui all'art. 57, queste hanno mostrato una certa tendenza a imporre, come requisito necessario dell'offerta, l'assunzione dell'impegno di rispettare delle quote minime di assunzione di donne e giovani, variamente declinati dalle singole amministrazioni, sulla falsariga dell'obbligo di garantire quote riservate espressamente previsto per i contratti riservati, così come già per i contratti PNRR.

Vero è che si tratta di una previsione che comporta significativi vincoli per gli imprenditori. Tuttavia, nel quadro antecedente all'entrata in vigore del correttivo, l'imposizione o meno di dette quote e la determinazione della loro misura era rimessa alla libera discrezionalità delle stazioni appaltanti (almeno al di fuori dei contratti riservati e di quelli finanziati tramite fondi del PNRR)<sup>222</sup>.

Per effetto del d.lgs. n. 209 del 2024, il rispetto di dette quote è, invece, imposto a prescindere da una eventuale previsione del bando di gara, confermando la tendenza del correttivo ad aver ampliato, piuttosto che ristretto, gli obblighi per gli operatori economici.

E infatti, come si è accennato, dopo il d.lgs. n. 209 del 2024, si richiede, come requisito necessario dell'offerta, «l'assunzione dell'obbligo di assicurare, in caso di aggiudicazione del contratto, una quota pari almeno al 30 per cento, delle assunzioni necessarie per l'esecuzione del contratto o per la realizzazione di attività a esso connesse o strumentali, sia all'occupazione giovanile sia all'occupazione femminile»<sup>223</sup>.

---

<sup>222</sup> Prima dell'intervento del d.lgs. n. 209 del 2024 l'imposizione di specifiche quote riservate nell'ambito di applicazione del Codice del 2023 è stata ritenuta meramente facoltativa, ancorché consentita anche al di fuori dei cosiddetti «contratti PNRR», rientranti nell'ambito di applicazione della disciplina di cui all'art. 47 del d.l. n. 77 del 2021. E infatti, secondo la giurisprudenza: «per le procedure ordinarie non PNRR, le stazioni appaltanti hanno il potere discrezionale sia di determinare la soglia di riferimento percentuale, sia di prevederla disgiunta per ciascuna categoria o complessiva per entrambe»; così TAR Campania Napoli, sez. IV, 22 maggio 2025, n. 3916, in *giustizia-amministrativa.it*. Sulla legittimità di una quota riservata pari al dieci per cento, v. TAR Puglia Lecce, sez. II, 5 maggio 2025, n. 786, in *giustizia-amministrativa.it*.

<sup>223</sup> Art. 1, co. 4, ult. periodo, All. II.3 al d.lgs. n. 36 del 2023.

In tal senso, l'obbligo pare assumere oggi portata generale, con la conseguenza che l'operatore economico deve impegnarsi a rispettarlo sin dalla presentazione dell'offerta<sup>224</sup>, a pena di esclusione dalla gara<sup>225</sup>, e ferma restando la possibilità della stazione appaltante di censurarne l'eventuale violazione durante la fase dell'esecuzione.

La disposizione pone però non poche questioni interpretative, rispetto alle quali, in passato, tornavano in soccorso le indicazioni fornite dalle Linee Guida, contenute nel d.p.c.m. 20 giugno 2023.

Al riguardo, va chiarito che a seguito della riforma del 2024, il Governo non si è curato di emanare delle nuove linee guida, nonostante tutt'oggi l'All. II.3 rinvii ad un decreto ministeriale per la definizione dei criteri e delle modalità di applicazione delle misure ivi previste (art. 1, co. 8).

Tale mancanza può solo in parte essere colmata dal d.p.c.m. del 20 giugno 2023. Questo era infatti specificatamente destinato a integrare la disciplina delle misure promozionali nell'ambito dei contratti riservati di cui all'art. 61<sup>226</sup>.

Le Linee Guida del 2023 non sembrano, dunque, oggi avere un valore cogente, ma assolvono comunque un importante ruolo interpretativo.

---

<sup>224</sup> Secondo l'indirizzo giurisprudenziale prevalente, la carenza dell'impegno non è sanabile in via postuma; *ex multis* Cons. Stato, sez. V, 31 luglio 2024, n. 6874, in *giustizia-amministrativa.it*. Tuttavia, deve ritenersi, come rilevato in riferimento all'art. 47, co. 4, del d.l. n. 77 del 2021, che spetti alle amministrazioni «piena libertà di stabilire nella *lex specialis* di gara le modalità per assolvere al relativo onere dichiarativo», non essendo, oggi come allora, previsto nulla a riguardo nella legge in materia; TAR Liguria Genova, sez. I, 22 maggio 2025, n. 607, in *giustizia-amministrativa.it*.

<sup>225</sup> Oltre alla giurisprudenza già citata (*supra* nt. 219), sull'esclusione come conseguenza della violazione delle clausole impositive del rispetto di quote riservate, v. anche: TAR Emilia-Romagna Bologna, sez. I, 12 febbraio 2024, n. 100, in *giustizia-amministrativa.it*, relativa ad un caso in cui l'operatore economico si era dichiarato disposto ad assumere solo l'obbligo assunzionale riferito ai giovani, ma non anche alle donne; nonché TAR Toscana Firenze, sez. I, 7 novembre 2024, n. 1257, in *giustizia-amministrativa.it*, relativa ad un caso in cui l'impresa aveva depennato dal modulo la clausola con cui si sarebbe dovuta impegnare a osservare le quote occupazionali, nonostante la stessa avesse incondizionatamente accettato le clausole del bando di gara.

<sup>226</sup> V. *supra* par. 8.

In particolare, queste offrono tutt'oggi un utile riferimento ermeneutico nella parte in cui indicano «la metodologia da utilizzare per definire la quota del 30 per cento delle assunzioni da destinare, rispettivamente a occupazione giovanile e femminile».

Anzitutto, si chiarisce che la quota riservata «pari almeno al 30 per cento», sia da intendersi autonomamente riferita alle donne e ai giovani. L'obbligo di assumere dovrebbe riguardare distintamente un trenta per cento di donne e un altro trenta per cento di giovani (*under 36*)<sup>227</sup>, con la possibilità tuttavia di computare una medesima lavoratrice (*under 36*) per l'assolvimento di entrambe le quote riservate<sup>228</sup>.

Quanto ai lavoratori computabili nelle dette quote, le Linee Guida suggeriscono di tener conto dei soli assunti con contratti di lavoro subordinato<sup>229</sup> nonché di fare riferimento al numero complessivo di nuove assunzioni da impiegare lungo l'arco temporale di esecuzione del contratto. In tal senso, l'obbligo riguarda dunque le sole nuove assunzioni<sup>230</sup>.

Queste, in considerazione del riferimento fatto alle «assunzioni necessarie per l'esecuzione del contratto», possono in concreto essere fatte sia dall'appaltatore che da uno dei subappaltatori (o da tutti congiuntamente), concorrendo tutti al raggiungimento della quota<sup>231</sup>.

---

<sup>227</sup> Secondo le *Linee guida*, cit.: «L'obbligo è finalizzato a garantire un incremento sia dei lavoratori giovani sia delle lavoratrici e pertanto la percentuale di incremento deve essere assicurata con riferimento ad entrambe le tipologie». Tale soluzione è quella che per parte della dottrina è più conforme al testo dell'allegato; F. PANTANO, *Clausole sociali*, cit., p. 182.

<sup>228</sup> Così peraltro sembrano suggerire le *Linee guida*, cit. Tale impostazione è stata oggetto di critica in dottrina, in quanto ritenuta idonea a mettere a repentaglio le finalità sociali perseguite; così F. DI NOIA, *Le clausole sociali*, cit., p. 640.

<sup>229</sup> Sul punto, criticam. F. DI NOIA, *Le clausole sociali*, cit., p. 639.

<sup>230</sup> In tal senso, v. Cons. Stato, sez. V, 20 marzo 2024, n. 2688, cit.

<sup>231</sup> Coerentemente alla lettera del testo, deve ritenersi che le quote vadano «calcolate sul totale delle assunzioni necessarie per l'esecuzione del contratto o per le attività ad esso connesse e strumentali, restando invece irrilevante la concreta ripartizione delle stesse assunzioni tra appaltatore e subappaltatore»; così *Linee guida*, cit. Queste suggeriscono inoltre di leggere il riferimento alle assunzioni necessarie come fonte di «un nesso funzionale tra l'esecuzione del contratto e le assunzioni, nel senso che nel calcolo della quota corrispondente al numero delle assunzioni obbligatorie occorre fare riferimento a tutte le as-

Se attraverso le linee guida si risolvono così alcuni problemi ermeneutici relativi alla quantificazione delle quote riservate, più intricate rimangono invece le questioni riguardanti l'applicazione della facoltà di deroga di cui dispongono le stazioni appaltanti rispetto all'imposizione delle quote riservate.

Per espressa previsione dell'All. II.3, a tale obbligo le stazioni appaltanti possono infatti derogare, prevedendo percentuali riservate inferiori al trenta per cento o escludendone l'inserimento «dandone adeguata e specifica motivazione, qualora l'oggetto del contratto, la tipologia o la natura del progetto o altri elementi puntualmente indicati ne rendano l'inserimento impossibile o contrastante con obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche»<sup>232</sup>.

I presupposti di applicazione della deroga vengono così declinati in maniera ampia, lasciando un significativo margine di discrezionalità alle stazioni appaltanti<sup>233</sup>.

Ciò potrebbe, a livello pratico, disincentivare l'effettiva previsione di quote riservate, fra i requisiti necessari dell'offerta, da parte delle stazioni appaltanti. E tanto sembrano in effetti suggerire i dati relativi all'implementazione delle quote assunzionali nei "contratti PNRR". In tale ambito, le stazioni appaltanti hanno infatti già dimostrato una certa *nonchalance* nell'impiego della facoltà di deroga, peraltro non sempre applicata in maniera del tutto trasparente<sup>234</sup>.

---

sunzioni funzionali a garantire l'esecuzione del contratto aggiudicato». Sul legame fra assunzioni ed esecuzione del contratto, v. in senso critico F. DI NOIA, *Le clausole sociali*, cit., p. 639.

<sup>232</sup> Art. 1, co. 7, All. II.3 al d.lgs. n. 36 del 2023.

<sup>233</sup> Cfr. M. MIRACOLINI, *La parità di genere*, cit., pp. 453 ss.; C. GAROFALO, *La clausola di condizionalità*, cit., p. 542.

<sup>234</sup> Tanto emerge dai primi dati diffusi dall'ANAC, secondo cui quasi il settanta per cento degli appalti PNRR, censiti da luglio 2022 al 1 giugno 2023, ha previsto deroghe alle quote riservate per le assunzioni di donne e giovani, spesso indicando "altro" tra i motivi della deroga; cfr. ANAC, *Pnrr, il 70% degli appalti avviato in deroga alla clausola sulle assunzioni di giovani e donne*, 9 giugno 2023. Più di recente, la scarsa implementazione delle quote di genere è stata confermata dai dati diffusi da *Openpolis*, aggiornati al 4 aprile 2024, secondo cui il sessantaquattro per cento dei bandi finanziati con fondi PNRR si sarebbe avvalso di deroghe; OPENPOLIS, *I vincoli Pnrr sull'assunzione di donne e giovani sono poco efficaci*, 29 Aprile 2024. Da ultimo, tale tendenza è confermata dalla nota di monitoraggio dell'art. 47 del d.l. n. 77 del 2021 della Ragioneria Genera-

D'altra parte, l'ampia declinazione della facoltà di deroga consente alle stazioni appaltanti di invocarla anche in ragione di esigenze riferibili alla garanzia della stabilità occupazionale nei casi di successione di appalto. In tal senso, la deroga potrebbe servire a risolvere eventuali profili di incompatibilità che potrebbero insorgere tra gli obblighi derivanti dalle clausole di seconda generazione e quelli determinati dalla necessità di rispettare le quote riservate<sup>235</sup>.

La previsione della deroga non serve tuttavia a garantire un corretto contemperamento delle esigenze perseguite dalle clausole di seconda e di terza generazione. Le stazioni appaltanti potrebbero infatti legittimamente decidere di non disporre della facoltà di deroga. In questi casi, i lavoratori interessati alla riassunzione e titolari di un diritto di precedenza in forza di una clausola di «seconda generazione» contenuta nel bando o di origine contrattuale ben potrebbero finire per soccombere rispetto a quelli assunti per soddisfare la quota del trenta per cento<sup>236</sup>.

Si tratta di una questione che, a dire il vero, era già stata posta dalle identiche misure implementate dal Decreto Semplificazioni. Le disposizioni introdotte dal d. l. n. 77 del 2021 a loro volta non erano state infatti armonizzate con gli obblighi contenuti dall'art. 50 del d.lgs. n. 50 del 2016. Trattandosi, però, di una questione relativa ai soli «contratti PNRR», la dottrina aveva suggerito di risolvere l'antinomia facendo ricorso ad un crite-

---

le dello Stato, secondo cui alla data del 31 dicembre 2024 solo poco più di un terzo delle gare monitorate avrebbe assolto pienamente all'obbligo di prevedere una quota occupazionale (circa il 35%). Si conferma inoltre la tendenza ad indicare come motivo di deroga alla clausola «altro» (circa il 40%); RAGIONERIA GENERALE DELLO STATO, *Clausole di genere e per i giovani negli appalti pubblici del PNRR e PNC*, 31 dicembre 2024, spec. pp. 6-9.

<sup>235</sup> È la stessa Presidenza del Consiglio a chiarire che «in tutti i casi in cui nelle nuove assunzioni intervengono «clausole sociali» di riassorbimento occupazionale — come può accadere nel cambio di appalti di servizi — la deroga può trovare adeguata motivazione nell'obiettivo di garantire stabilità occupazionale agli addetti che escono da una precedente fornitura»; *Linee guida*, cit. Sul punto v. anche F. DI NOIA, *Le clausole sociali*, cit., p. 643.

<sup>236</sup> C'è stato chi ha individuato nell'ordine seguito dall'art. 57 una sorta di criterio di preferenza delle finalità di promozione delle pari opportunità di genere e generazionali su quelle di stabilità occupazionale in ragione dell'inversione operata rispetto al tenore letterale della legge delega; in tal senso, v. C. DAMIANO, *Clausola sociale*, cit., p. 2571.

rio di specialità, considerata la portata eccezionale delle disposizioni in questione<sup>237</sup>.

A seguito del “correttivo”, il problema pare ripresentarsi, senza che l’antinomia possa essere risolta dal criterio di specialità, data la portata generale che hanno assunto le previsioni.

In questi termini, è chiaro che rischia di essere ulteriormente compromessa la già debole tutela riconosciuta ai lavoratori di fronte ai fenomeni successivi: ambito, questo, in cui il d.lgs. n. 36 del 2023, come si è visto, sembra essersi posto in sostanziale continuità con il precedente Codice, senza significative novità almeno per quanto riguarda le tutele concretamente apprestate ai lavoratori.

In tal senso, per un verso, il d.lgs. n. 36 del 2023 non pare in grado di offrire forme di tutela più efficaci al lavoratore rispetto alla disciplina precedente, continuando a non garantire nulla più che un mero diritto di preferenza condizionato alla compatibilità tra la nuova assunzione e l’organizzazione dell’impresa subentrante<sup>238</sup>. Per altro verso, anche tale diritto, dopo la generalizzazione delle regole contenute nell’All. II.3, sembra rischiare di trovare un ulteriore parametro di bilanciamento nella necessità di rispettare le quote riservate.

Il risultato rischia di essere paradossale dal momento che, in assenza di coordinamento tra le une e le altre esigenze, la promozione di finalità di inclusione lavorativa di categorie sottorappresentate nel mondo del lavoro, come donne e giovani, ver-

---

<sup>237</sup> D. CAPOTORTO, *Giustizia sociale*, cit., p. 817. Peraltro, nelle interpretazioni giurisprudenziali dell’art. 47 del d.l. n. 77 del 2021, è stato evidenziato il legame funzionale tra le misure di promozione delle pari opportunità e gli obiettivi perseguiti dal PNRR, per certi versi avvalorando il criterio di specialità. E infatti, con specifico riguardo alle quote riservate si è più volte sottolineato che la scelta di rendere queste un elemento essenziale dell’offerta «risponde all’esigenza di imporre dall’alto una ben precisa opzione organizzativa (*favor* per le assunzioni di giovani e donne)», con la conseguenza che si deve questo ritenere «un elemento qualificante che illumina la qualità dell’offerta, e ciò proprio in ordine a quanto previsto dal PNRR e dal presupposto piano europeo *next generation UE* i quali prevedono, sì, il rilancio dell’economia ma ferma restando la primaria esigenza di avviare il rilancio stesso anche e soprattutto grazie alle nuove leve e ad una maggiore valorizzazione del lavoro femminile»; così Cons. Stato, sez. V, 20 marzo 2024, n. 2688, in *giustizia-amministrativa.it*. Il principio è stato richiamato più di recente in Cons. Stato, sez. V, 18 agosto 2025, n. 7065, cit.

<sup>238</sup> V. *supra* par. 3.

rebbe perseguita a discapito di altre categorie “svantaggiate” e cioè di quei lavoratori che, avendo superato una certa soglia di età, avrebbero difficoltà ad essere reimpiegati<sup>239</sup>, che, più di altri, potrebbero beneficiare delle misure di stabilità occupazionale.

E del resto, anche laddove la stazione appaltante decidesse di ricorrere alla deroga al fine di favorire il reimpiego dei lavoratori, è chiaro che così la stabilità occupazione verrebbe perseguita a discapito degli obiettivi di parità, nonostante la rilevanza che formalmente il Codice gli attribuisce. In tal senso, la facoltà di deroga più che risolvere le frizioni fra le clausole di seconda e terza generazione pare finire solo per confermare i profili concorrenziali che ne caratterizzano i rapporti, rimettendo alla stazione appaltante una scelta rispetto alle esigenze che la stessa intenda e preferisca promuovere.

Orbene, una volta rese generali le previsioni in materia di quote riservate, sarebbe probabilmente stato opportuno un intervento del correttivo anche al fine di risolvere le possibili antinomie che potrebbero insorgere dalla contestuale necessità di rispettare le quote riservate e gli obblighi derivanti dalle clausole di seconda generazione.

Limitandosi a rendere generali misure inizialmente introdotte con portata speciale, il correttivo non ha invece dissipato il rischio che i nuovi obiettivi promossi dalle clausole di terza generazione finiscano per determinare un ulteriore limite all'efficacia delle clausole di seconda generazione o che, in alternativa, le nuove clausole sociali rimangano mere statuizioni di principio.

È ancora alle stazioni appaltanti che spetta, dunque, il compito, nella formulazione dei bandi, di operare un corretto bilanciamento fra le dette esigenze<sup>240</sup>, rendendo effettivo quanto il legislatore ha auspicato.

---

<sup>239</sup> D. CAPOTORTO, *Giustizia sociale*, cit., p. 813.

<sup>240</sup> In tal senso, le *Linee guida*, cit., suggeriscono alle stazioni appaltanti che facciano uso della facoltà di deroga di «rafforzare nei bandi di gara misure premiali che prevedano l'assegnazione di punteggi aggiuntivi all'offerente o al candidato».

Il volume *Contratti pubblici e Diritti dei Lavoratori* affronta in chiave sistematica il rapporto tra disciplina dei contratti pubblici e la tutela del lavoro, nell'ambito di un quadro normativo articolato e in continua trasformazione.

Il primo capitolo ricostruisce le tappe che hanno condotto alla progressiva integrazione di obiettivi sociali e occupazionali nella disciplina dei contratti pubblici, tenendo in considerazione le principali riforme europee e nazionali.

Il secondo capitolo è dedicato agli strumenti di garanzia del trattamento economico e normativo dei lavoratori impiegati nei contratti pubblici e dei loro crediti retributivi e contributivi.

Nel terzo capitolo, sono infine esaminate le clausole sociali finalizzate a promuovere la stabilità occupazionale e l'inclusione nel mercato del lavoro di donne, giovani e lavoratori considerati svantaggiati.

L'analisi mira a verificare l'attuale capacità dell'ordinamento giuridico di assicurare un livello adeguato di protezione ai lavoratori impiegati nell'esecuzione di contratti pubblici, ponendo particolare attenzione agli strumenti introdotti dall'ultimo Codice dei contratti pubblici, il d.lgs. n. 36 del 2024, e dal suo correttivo, il d.lgs. n. 209 del 2024.

RITA DAILA COSTA è dottoressa di ricerca in Dinamica dei sistemi e cultrice della materia in Diritto del Lavoro presso il Dipartimento di Scienze Politiche e delle Relazioni Internazionali (DEMS) dell'Università degli Studi di Palermo.

È autrice di diversi saggi in materia di diritto del lavoro, sindacale e della sicurezza sociale.

ISBN: 978-88-943060-1-9