

L'esecuzione del contratto nel nuovo Codice dei contratti pubblici: subappalto (anche nelle concessioni), revisione prezzi, varianti, clausola sociale, contenzioso

Seminario di aggiornamento professionale SOLOM

21 giugno 2023

Avv. Paola Balzarini
SLM

- ❑ SUBAPPALTO
- ❑ CLAUSOLE SOCIALI

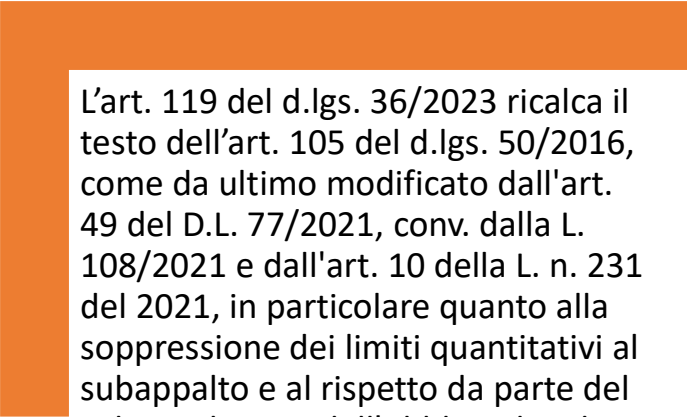
La Legge Delega (L. 78/2022)

Obiettivi della Legge Delega:

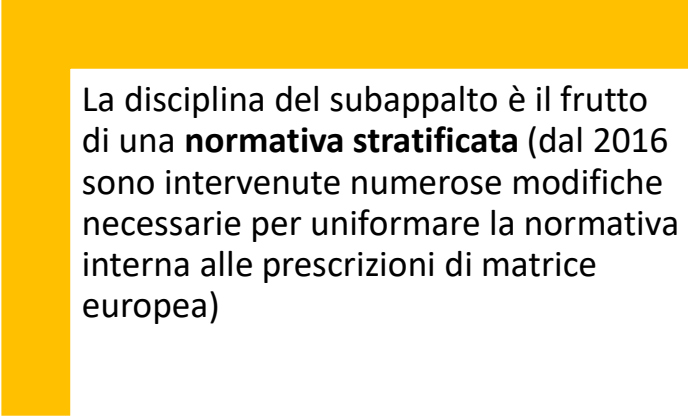
- adeguare la disciplina dei contratti pubblici al diritto europeo e ai principi espressi dalla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori, interne e sovranazionali
- razionalizzare, riordinare e semplificare la disciplina vigente
- evitare l'avvio di procedure di infrazione da parte della Commissione europea e giungere alla risoluzione delle procedure avviate

SUBAPPALTO

Il subappalto (art. 119 d.lgs. 36/2023)



L'art. 119 del d.lgs. 36/2023 ricalca il testo dell'art. 105 del d.lgs. 50/2016, come da ultimo modificato dall'art. 49 del D.L. 77/2021, conv. dalla L. 108/2021 e dall'art. 10 della L. n. 231 del 2021, in particolare quanto alla soppressione dei limiti quantitativi al subappalto e al rispetto da parte del subappaltatore dell'obbligo di indicare una terna di nominativi di subappaltatori in fase di offerta



La disciplina del subappalto è il frutto di una **normativa stratificata** (dal 2016 sono intervenute numerose modifiche necessarie per uniformare la normativa interna alle prescrizioni di matrice europea)



La procedura di infrazione n. 2018/2273 e le sentenze della CGUE

Con la procedura di infrazione n. 2018/2273, la Commissione Europea ha contestato la non conformità alla normativa eurounitaria (principi di parità di trattamento, trasparenza e proporzionalità, essendo state imposte limitazioni ingiustificate ed ulteriori rispetto a quelle previste a livello europeo, in contrasto con il divieto di «gold plating») di alcune previsioni in tema di subappalto allora contenute nel decreto legislativo n. 50/2016:

il **limite quantitativo del 30%** di prestazioni subappaltabili (ved. anche Quinta Sezione della CGUE 26 settembre 2019, n. 63, causa C-63/18 e 27 novembre 2019, n. 402, causa C-402/18);

l'obbligo di preventiva indicazione di una **terna** di subappaltatori in sede di offerta;

la **preclusione per l'offerente in una procedura di gara d'appalto ad essere subappaltatore** dell'aggiudicatario della medesima gara;

il divieto generale per i subappaltatori di fare ricorso a loro volta al subappalto (**subappalto «a cascata»**).

La successiva evoluzione normativa

Dopo l'incremento della soglia massima del subappalto al 50% per effetto del D.L. 18.04.2019 n. 32 (non confermato dalla Legge di conv.), la soglia è stata ridotta al 40% e, quindi, con il D.L. 31.05.2021 n. 77 è stato previsto:

- dall'entrata in vigore del decreto fino al 31 ottobre 2021 il ripristino della soglia massima al 50%;
- **a partire dal 1° novembre 2021, l'abrogazione dei limiti percentuali** per il ricorso al subappalto e l'estensione al subappaltatore della responsabilità, in via solidale con l'appaltatore per le opere oggetto di subappalto.

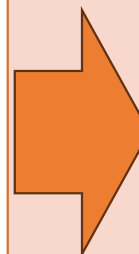
La successiva L. 23.12.2021 n. 238:

- supera la preclusione per il concorrente ad essere subappaltatore dell'aggiudicatario
- **supera l'obbligo di indicazione, in sede di offerta, di una terna di subappaltatori**

Il subappalto nel d.lgs. 36/2023

Con la **legge 21 giugno 2022, n. 78**, il Parlamento ha delegato il Governo ad adottare entro sei mesi uno o più decreti legislativi aventi ad oggetto la disciplina dei contratti pubblici, al fine di riordinarla e semplificarla, di adeguarla al diritto europeo e ai principi espressi dalla giurisprudenza nazionale e sovranazionale e di giungere alla risoluzione delle procedure di infrazione avviate dalla Commissione europea e di evitare che possano intervenire nuove procedure di infrazione

La disciplina del subappalto, contenuta nell'articolo 119, **completa il processo di liberalizzazione** (più **flessibilità e discrezionalità** dell'amministrazione) teso a conformare l'istituto ai principi della normativa sovranazionale



L'art. 119 **NON prevede:**

- limitazioni percentuali per il ricorso al subappalto;
- il divieto per i soggetti partecipanti alla procedura di affidamento del contratto di appalto di divenire subappaltatori dell'aggiudicatario;
- l'obbligo di indicazione, in sede di offerta, di una terna di subappaltatori;
- l'esclusiva responsabilità dell'appaltatore per le prestazioni oggetto del contratto di subappalto;
- il divieto del subappalto «a cascata»

L'art. 119 del d.lgs. 36/2023

Si pone in continuità con l'art. 105 del d.lgs. 50/2016

molte conferme: condizioni in presenza delle quali è consentito il ricorso al subappalto (c. 4); modi e termini di trasmissione del contratto e delle dichiarazioni (c. 5); responsabilità solidale appaltatore/subappaltatore; la disciplina delle tutele economiche e normative dei lavoratori dipendenti dal subappaltatore, coordinandole anche con quanto previsto dall'art. 11 in tema di applicazione dei contratti collettivi nazionali e territoriali; i casi di pagamento diretto; gli obblighi del subappaltatore; i piani della sicurezza, il DURC, etc.

ma alcune novità

tra cui il superamento del divieto di subappalto a cascata

Art. 119, c. 1

I soggetti affidatari dei contratti eseguono **in proprio** le opere o i lavori, i servizi e le forniture compresi nel contratto.


Resta fermo il **divieto di cessione** del contratto, fatto salvo quanto previsto dall'articolo 120, comma 1, lettera d); viene chiarito **che è colpita da nullità la cessione** (e non il contratto ceduto).

È confermata la **nullità** dell'accordo con cui a terzi sia affidata l'**integrale esecuzione** delle prestazioni o lavorazioni appaltate, nonché la **prevalente esecuzione delle lavorazioni relative alle «categorie prevalenti»** (non più “complesso delle categorie prevalenti», in coerenza con il sistema di qualificazione degli OE) e dei contratti ad alta intensità di manodopera.


Il subappalto è ammesso secondo le disposizioni dell'art. 119.

La definizione di subappalto

Il d.lgs. n. 50 del 2016 definiva il subappalto come il contratto con il quale l'appaltatore affida a terzi l'esecuzione di parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto.



Il d.lgs. n. 36 del 2023 conferma al c. 2 dell'art. 119 la definizione e le caratteristiche distintive del contratto di subappalto, aggiungendo che ciò avviene «**con organizzazione di mezzi e rischi a carico del subappaltatore**».



Conseguenze?

Limiti al subappalto

Il c. 2 dell'art. 119 conferma la possibilità di limitare il ricorso al subappalto da parte della stazione appaltante.

Deve essere **la stazione appaltante a indicare**, nei documenti di gara, **le prestazioni o le lavorazioni oggetto del contratto di appalto da eseguire a cura dell'aggiudicatario** in ragione delle specifiche caratteristiche dell'appalto, ivi comprese le opere di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica:

«**Nel rispetto dei principi di cui agli articoli 1, 2 e 3**, previa **adeguata motivazione nella decisione di contrarre**, le stazioni appaltanti, eventualmente avvalendosi del parere delle Prefetture competenti, indicano nei documenti di gara le prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto da eseguire a cura dell'aggiudicatario in ragione delle **specifiche caratteristiche dell'appalto, ivi comprese quelle di cui all'articolo 104, comma 11**, in ragione dell'**esigenza di rafforzare, tenuto conto della natura o della complessità delle prestazioni o delle lavorazioni da effettuare, il controllo** delle attività di cantiere e più in generale dei luoghi di lavoro **o di garantire una più intensa tutela delle condizioni di lavoro e della salute e sicurezza** dei lavoratori **ovvero di prevenire il rischio di infiltrazioni criminali.**»

La **ratio** della limitazione: rafforzare i controlli sui cantieri, tutelare la salute e la sicurezza dei lavoratori, prevenire le infiltrazioni criminali.

Limiti al subappalto

TAR Friuli Venezia Giulia, 27 maggio 2023 n. 187

«...la Corte non ha inteso censurare in assoluto la previsione di limiti quantitativi al subappalto, ma solo la loro fissazione in via generale ed astratta ad opera della fonte primaria. Una disposizione come l'art. 105, comma 2 del Codice vigente ratione temporis, nella sua absolutezza e indistinta applicabilità, viene ritenuta in contrasto con il principio di proporzionalità, potendo ipotizzarsi misure meno restrittive e parimenti idonee a perseguire l'obiettivo avuto di mira dal legislatore italiano, cioè il contrasto alla criminalità organizzata. Secondo la Corte, in particolare (par. 40 della sentenza): "la normativa nazionale di cui al procedimento principale vieta in modo generale e astratto il ricorso al subappalto che superi una percentuale fissa dell'appalto pubblico in parola, cosicché tale divieto si applica indipendentemente dal settore economico interessato dall'appalto di cui trattasi, dalla natura dei lavori o dall'identità dei subappaltatori. Inoltre, un siffatto divieto generale non lascia alcuno spazio a una valutazione caso per caso da parte dell'ente aggiudicatore".

*La C.G.U.E. ha dunque inteso preservare, anche in materia di subappalto, la discrezionalità delle amministrazioni aggiudicatrici, consentendo loro di valutare, con la necessaria elasticità, le caratteristiche della situazione concreta. Considerata la ratio della pronuncia, non è possibile ricavarne un divieto assoluto all'apposizione di limiti quantitativi al subappalto, che porterebbe ugualmente a vincolare – pur se in senso opposto rispetto al censurato art. 105, comma 2 del Codice – l'azione degli Enti aggiudicatori. **Non a caso, anche il nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 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 ..."** (art. 119, comma 2).»*

L'art. 119, c. 3

In adesione a giurisprudenza e dottrina prevalenti, significativa è la novità del c. 3 dell'art. 119 ove, menzionando le categorie di servizi e forniture che per la loro specificità non si considerano come attività affidate in subappalto, vengono circoscritte le relative fattispecie ad **attività «secondarie, accessorie o sussidiarie»**.

La precisazione vale **sia** con riferimento agli affidamenti di attività oggetto dell'appalto principale a lavoratori autonomi, **sia** con riferimento alle prestazioni rese in favore dell'affidatario dell'appalto in forza di contratti continuativi di cooperazione, servizio o fornitura, sottoscritti in epoca anteriore alla indizione della procedura di gara.

Il c.d. subappalto a cascata

Con il superamento del divieto di subappalto a cascata (art. 119, c. 17) si rimedia alla procedura di infrazione n. 2018/2273.

Come per il subappalto (c. 2), nel caso l'amministrazione voglia escludere il ricorso all'istituto del subappalto «a cascata» in fase esecutiva, ha l'onere di individuare già in sede di gara le categorie di lavori o le prestazioni che, sebbene subappaltabili, non possano formare oggetto di ulteriore subappalto per caratteristiche dell'appalto, esigenze di controllo del cantiere e tutela della salute e sicurezza dei lavoratori o rischio infiltrazioni criminali:

«Le stazioni appaltanti indicano nei documenti di gara le prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto che, pur subappaltabili, non possono formare oggetto di ulteriore subappalto, in ragione delle **specifiche caratteristiche dell'appalto** e dell'esigenza, tenuto conto della **natura** o della **complessità** delle prestazioni o delle lavorazioni da effettuare, di rafforzare il controllo delle attività di cantiere e più in generale dei luoghi di lavoro o di garantire una più intensa tutela delle condizioni di lavoro e della salute e sicurezza dei lavoratori oppure di prevenire il rischio di infiltrazioni criminali.»

In questo caso manca il riferimento alle opere di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica (presente invece al c. 2 dell'art. 119).

Subappalto a cascata: possibili criticità

Manca una disciplina operativa specifica (autorizzazioni, monitoraggio, etc.) e un esplicito rinvio alle norme sul subappalto

Per **ANCE**, il subappalto a cascata andrebbe limitato ad un unico livello, come sembrerebbe essere secondo una lettura testuale della disposizione, posto che una catena infinita di subappalti non è compatibile con un doveroso controllo di qualità e sicurezza

Parere della **Commissione parlamentare** (Senato): «*Valuti il Governo l'opportunità, con riferimento all'articolo 119, nell'ipotesi di subappalto c.d. a cascata, di estendere ai subappalti oggetto di ulteriore subappalto tutte le disposizioni di carattere obbligatorio previste dal Codice a carico dell'operatore economico titolare del contratto all'atto della manifestazione della volontà di procedere con il subappalto principale*»

Subappalto a cascata: il parere della Conferenza Unificata

La Conferenza unificata ha rilevato che la possibilità data al subappaltatore, di subappaltare ulteriormente, genera numerose difficoltà alle stazioni appaltanti, anche e soprattutto, nella fase dell'esecuzione, avendo proceduto il legislatore della nuova versione del Codice a prevederla, senza tuttavia fornirne una disciplina puntuale.

Da qui una serie di criticità dal momento che:

- non è stato fissato un **livello** fino al quale è possibile spingersi nella catena dei subappaltatori;
- i **controlli** che devono ogni volta essere espletati in occasione di ogni autorizzazione del subappalto del subappalto **ritardano sicuramente la conclusione degli interventi**;
- per i **pagamenti** le stazioni appaltanti devono osservare le stesse regole dettate per il primo subappaltatore?
- problema della **responsabilità solidale** in caso di ritardo nel pagamento delle retribuzioni dovute ai lavoratori del sub/sub/sub... appaltatore.

Pur non potendo escludere l'applicazione dell'istituto, il legislatore potrebbe introdurre una "clausola di salvaguardia" per le S.A., prevedendo la possibilità di limitarla, sia in termini qualitativi, che quantitativi, come sembrerebbe consentire l'art. 71, comma 8, della Direttiva 2014/24/UE, laddove consente agli stati membri di limitare l'applicabilità di talune misure «a determinati tipi di appalti, a determinate categorie di amministrazioni aggiudicatrici o operatori economici ovvero a determinati importi».

Il subappalto della progettazione

Il d.lgs. 36/2023 non prevede il divieto di subappalto della progettazione e delle attività ad essa connesse.

Dal Parere della Commissione parlamentare (Camera):

«la disposizione risulta carente sul versante del subappalto di progettazione, che andrebbe vietato salvo eccezioni, già previste dalla normativa nazionale, per determinate attività che richiedono certificazioni e competenze al margine delle attività di ingegneria e architettura»

Dal Parere della Commissione parlamentare (Senato):

«7. valuti il Governo l'opportunità di specificare, all'articolo 41 e nell'Allegato I.7, che durante la fase di progettazione deve essere verificata la compatibilità geologica, geomorfologica, idrogeologica e sismica dell'opera, in continuità con quanto già previsto dall'articolo 23 del decreto legislativo n. 50 del 2016 e allo scopo di garantire migliori standard di progettazione, includendo conseguentemente nella relazione tecnica allegata al livello progettuale una valutazione in ordine ai profili geologici, geomorfologici, idrologici e sismici dell'opera. Si valuti altresì l'opportunità di prevedere che non sia consentito né il subappalto né l'affidamento da parte dell'appaltatore a lavoratori autonomi della redazione della predetta relazione;»

«si valuti, infine, l'opportunità di prevedere: il divieto di subappalto della progettazione e delle attività ad essa connesse così come previsto nell'attuale quadro normativo;»

«8. valuti il Governo l'opportunità, con riferimento all'articolo 119, di escludere dal subappalto le relazioni geologiche e geo-idrologiche. Valuti, altresì, il Governo l'opportunità di vietare sia il subappalto sia l'affidamento da parte dell'appaltatore a lavoratori autonomi, ai sensi dei precedenti commi, della relazione geologica e idrogeologica, rientranti nella Relazione tecnica di cui all'Allegato 1.7 quali elaborati specialistici essenziali redatti direttamente da tecnici abilitati.»

Il subappalto necessario

L'art. 119 del d.lgs. 36/2023, così come l'art. 105 del d.lgs. 50/2016, non affrontano il tema del subappalto c.d. qualificatorio o necessario.

A rigore, si tratta di **istituto eccentrico** rispetto alla causa del contratto di subappalto delineata nel c. 2.

La questione dell'ammissibilità del subappalto per l'esecuzione dei lavori riguardanti le categorie scorporabili a qualificazione obbligatoria - attualmente desumibile dalla perdurante vigenza dell'art. 12, c. 14 del D.L. 28 marzo 2014, n. 47, convertito, con modificazioni, dalla L. 23 maggio 2014, n. 80 - attiene alla **qualificazione** degli operatori economici, di cui, in particolare, all'art. 100.

Il subappalto nelle concessioni

La materia delle concessioni viene disciplinata in maniera scarna con fedele richiamo al contenuto della direttiva 2014/23/EU in tema di affidamento (da cui la considerazione del concessionario quale soggetto che “subappalta” e non “appalta” i lavori oggetto della concessione).

- In materia di subappalto, l'**art. 188** (inserito nel Libro IV, Parte II, Titolo III «L'esecuzione delle concessioni») del d.lgs. 36/2023 **rinvia all'art. 119**.
- Diversamente, l'**art. 174 del d.lgs. n. 50/2016 prevedeva una disciplina specifica e peculiare**.

Dalla Relazione illustrativa

«Nel dare attuazione all'art. 42 della direttiva, si è scelta la **strada più omogenea e rigorosa**, oltre che di **agevole applicazione da parte delle amministrazioni**, di estendere la disciplina dettata per il subappalto generale, in tema di appalti pubblici. Ciò consente altresì l'immediata riferibilità a quanto espresso dalla stessa giurisprudenza europea sulla disciplina nazionale in materia di subappalto».



Gli investitori istituzionali

L'art. 119 c. 1 prevede la nullità dell'accordo con cui a terzi sia affidata l'integrale esecuzione delle prestazioni o lavorazioni appaltate, nonché la prevalente esecuzione delle lavorazioni relative alle categorie prevalenti e dei contratti ad alta intensità di manodopera.

MA gli artt. 193 e 198 prevedono che gli investitori istituzionali possano utilizzare l'avvalimento al 100% e subappaltare anche integralmente le prestazioni oggetto del contratto



Gli investitori istituzionali

Per incentivare la partecipazione degli investitori istituzionali alle operazioni di partenariato pubblico-privato, si è previsto che questi ultimi, in sede di gara, possano soddisfare la richiesta dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale avvalendosi, anche integralmente, delle capacità di altri soggetti e che possano altresì impegnarsi a subappaltare, anche integralmente, le prestazioni oggetto del contratto di concessione ad imprese in possesso dei requisiti richiesti dal bando, chiarendo che, in questo caso, **il nominativo del subappaltatore dovrà essere comunicato, con il suo consenso, all'ente concedente entro la scadenza del termine per la presentazione dell'offerta.**

Art. 1, comma 2, lett. aa) della Legge Delega: «razionalizzazione, semplificazione, anche mediante la previsione di contratti-tipo e di bandi-tipo, ed estensione delle forme di partenariato pubblico-privato, con particolare riguardo alle concessioni di servizi, alla finanza di progetto e alla locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica utilità, **anche al fine di rendere tali procedure effettivamente attrattive per gli investitori professionali**, oltre che per gli operatori del mercato delle opere pubbliche e dell'erogazione dei servizi resi in concessione, garantendo la trasparenza e la pubblicità degli atti;»

Subappalto ed esternalizzazione nelle concessioni

Parere del Consiglio di Stato n. 823 del 28 aprile 2020 (sul c.d. contratto *standard*)

Con riferimento ai concessionari di lavori pubblici che non sono amministrazioni aggiudicatrici – e che dunque sono stati scelti previo esperimento di gara pubblica – per gli appalti di lavori affidati a terzi sono tenuti all'osservanza delle disposizioni contenute agli artt. 164-178 (parte III del Codice) nonché delle disposizioni di cui alle parti I e II del codice in materia di subappalto, progettazione, collaudo e piani di sicurezza, purché non derogate dalla parte III.

Da ciò si ricava che tali concessionari, essendo stati scelti normalmente tramite gara e non rientrando tra le amministrazioni aggiudicatrici, **potranno ricorrere al sub-appalto, più che all'appalto**, nel rispetto di quanto stabilito dall'art. 174 Codice che, icasticamente, richiama anche l'art. 30 destinato ad individuare, tra l'altro, i principi generali cui si deve uniformare la disciplina degli appalti e delle concessioni.

Subappalto: regime transitorio

REGIME TRANSITORIO (ART. 225, C. 2) PER LA VERIFICA DIGITALE DEI REQUISITI DEL SUBAPPALTATORE

- Sarà efficace a decorrere dal **1° gennaio 2024**:
- «Art. 119 c. 5. L'affidatario trasmette il contratto di subappalto alla stazione appaltante almeno venti giorni prima della data di effettivo inizio dell'esecuzione delle relative prestazioni. Contestualmente trasmette la dichiarazione del subappaltatore attestante l'assenza delle cause di esclusione di cui al Capo II del Titolo IV della Parte V del presente Libro e il possesso dei requisiti di cui agli articoli 100 e 103. La stazione appaltante verifica la dichiarazione tramite la Banca dati nazionale di cui all'articolo 23. Il contratto di subappalto, corredato della documentazione tecnica, amministrativa e grafica direttamente derivata dagli atti del contratto affidato, indica puntualmente l'ambito operativo del subappalto sia in termini prestazionali che economici.»

IN VIA TRANSITORIA

- Continua ad applicarsi fino al 31 dicembre 2023 l'art. 105, c. 7.
- L'affidatario deposita il contratto di subappalto presso la stazione appaltante almeno venti giorni prima della data di effettivo inizio dell'esecuzione delle relative prestazioni. Al momento del deposito del contratto di subappalto presso la stazione appaltante l'affidatario trasmette altresì la dichiarazione del subappaltatore attestante l'assenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80 e il possesso dei requisiti speciali di cui agli articoli 83 e 84. La stazione appaltante verifica la dichiarazione di cui al secondo periodo del presente comma tramite la Banca dati nazionale di cui all'articolo 81. Il contratto di subappalto, corredato della documentazione tecnica, amministrativa e grafica direttamente derivata dagli atti del contratto affidato, indica puntualmente l'ambito operativo del subappalto sia in termini prestazionali che economici.

CLAUSOLE SOCIALI

Tra gli obiettivi del **PNRR**: innalzamento del potenziale di crescita dell'economia e creazione di occupazione

La **Legge Delega n. 78/2022** pone al centro della disciplina la tutela e la promozione del lavoro e dei lavoratori e le politiche inclusive dei soggetti svantaggiati

Art. 151 TFUE: obiettivi europei volti alla promozione dell'occupazione, al miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, alla protezione e al dialogo sociale e allo sviluppo delle risorse umane, al fine, da un lato, di consentire un livello occupazionale elevato e duraturo e, dall'altro, di contrastare l'emarginazione

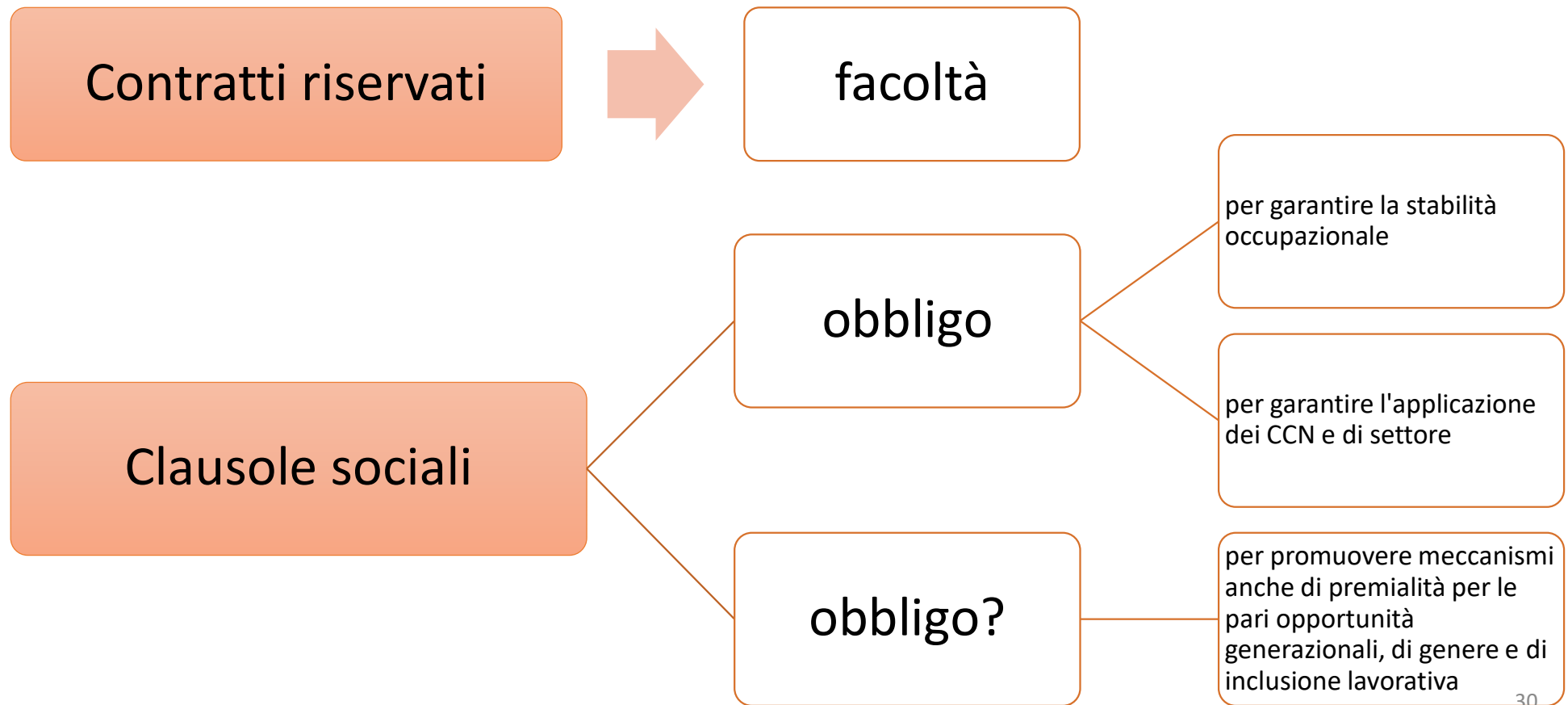
Le clausole sociali si fondano sul disposto delle direttive europee in materia di appalti, e in particolare, sui **considerando nn. 37, 93 e 99 e sugli articoli 18 § 2 e 70 della direttiva 2014/24/UE**. Significativo è poi anche il **considerando n. 2** della medesima direttiva, sulla c.d. crescita inclusiva e sull'uso degli appalti pubblici da parte dei committenti "per sostenere il conseguimento di obiettivi condivisi e a valenza sociale". Tuttavia, le norme europee in questione non impongono uno specifico contenuto alle clausole stesse (**CdS, parere n. 2703 del 2018**)

La Legge Delega 78/2022

I principi e criteri direttivi:

- Lett. a) perseguimento di obiettivi di stretta aderenza alle direttive europee, mediante l'introduzione o il mantenimento di livelli di regolazione corrispondenti a quelli minimi richiesti dalle direttive stesse, ferma restando **l'inderogabilità delle misure a tutela del lavoro, della sicurezza, del contrasto al lavoro irregolare**, della legalità e della trasparenza, al fine di assicurare l'apertura alla concorrenza e al confronto competitivo fra gli operatori dei mercati dei lavori, dei servizi e delle forniture, con particolare riferimento alle micro, piccole e medie imprese, tenendo conto delle specificità dei contratti nei settori speciali e nel settore dei beni culturali, anche con riferimento alla fase esecutiva, nonché di assicurare la riduzione e la razionalizzazione delle norme in materia di contratti pubblici, con ridefinizione del regime della disciplina secondaria, in relazione alle diverse tipologie di contratti pubblici, ove necessario
- Lett. h) previsione della **facoltà**, per le stazioni appaltanti, di **riservare il diritto di partecipazione** alle procedure di appalto e a quelle di concessione a operatori economici il cui scopo principale sia l'integrazione sociale e professionale delle persone con disabilità o svantaggiate; previsione dell'**obbligo** per le stazioni appaltanti di inserire, nei bandi di gara, avvisi e inviti, tenuto conto della tipologia di intervento, in particolare ove riguardi beni culturali, e nel rispetto dei principi dell'Unione europea, **specifiche clausole sociali** con le quali sono indicati, come **requisiti necessari dell'offerta**, criteri orientati tra l'altro a:
 - 1) **garantire** la stabilità occupazionale del personale impiegato
 - 2) **garantire** l'applicazione dei contratti collettivi nazionali e territoriali di settore, tenendo conto, in relazione all'oggetto dell'appalto e alle prestazioni da eseguire anche in maniera prevalente, di quelli stipulati dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, nonché garantire le stesse tutele economiche e normative per i lavoratori in subappalto rispetto ai dipendenti dell'appaltatore e contro il lavoro irregolare
 - 3) **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
- Lett. v) revisione della disciplina relativa ai **servizi sociali** e della **ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica**, nonché a quelli di servizio ad **alta intensità di manodopera**, per i quali i bandi di gara, gli avvisi e gli inviti **devono contenere la previsione di specifiche clausole sociali** volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato, prevedendo come criterio utilizzabile ai fini dell'aggiudicazione esclusivamente quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa

La lettera h)





Rilievo delle clausole sociali



obblighi
contrattuali

requisiti
minimi
dell'offerta

meccanismi
di premialità

L'articolo 57 del d.lgs. 36/2023

Articolo 57. Clausole sociali del bando di gara e degli avvisi e criteri di sostenibilità energetica e ambientale

In attuazione di quanto stabilito dalla legge delega, il comma 1 prevede:

- «Per gli affidamenti dei contratti di appalto di lavori e servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale e per i contratti di concessione i bandi di gara, gli avvisi e gli inviti, tenuto conto della tipologia di intervento, in particolare ove riguardi il settore dei beni culturali e del paesaggio, e nel rispetto dei principi dell'Unione europea, devono contenere specifiche clausole sociali con le quali sono richieste, come requisiti necessari dell'offerta, misure orientate tra l'altro 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, nonché l'applicazione dei contratti collettivi nazionali e territoriali di settore, 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, nonché a garantire le stesse tutele economiche e normative per i lavoratori in subappalto rispetto ai dipendenti dell'appaltatore e contro il lavoro irregolare.»

Clausole sociali: inquadramento

Parte II del libro II - Degli istituti e delle clausole comuni

- Dalla Relazione illustrativa:
- *«La parte II del libro II contiene disposizioni "trasversali", tra esse eterogenee e comuni all'appalto. La scelta di raggrupparle e di collocarle all'inizio del Libro II, immediatamente dopo la unitaria disciplina del c.d. "sottosoglia", è ascrivibile alle plurime considerazioni - tra di esse intersecantisi che di seguito si espongono - e che si individuano in un **duplice "comune denominatore"**. Anzitutto, all'evidenza, trattasi di disposizioni di **rilevante importanza** e di notevole impatto - anche e soprattutto economico- sulla disciplina del contratto pubblico. In secondo luogo - e la constatazione si collega inevitabilmente a quanto appena prima rilevato- numerose di esse, per tal ragione, ma anche per ulteriori profili legati alla attuale congiuntura politica ed economica mondiale hanno trovato **esplicita menzione nei principi e criteri della legge-delega**.*
- *Invero, a tale proposito, si rammenta che alla **lett. h)** il Legislatore delegante ha inserito le **clausole sociali (art. 57)** quale oggetto di specifico intervento, declinandone le finalità, e che alla medesima lettera della delega hanno trovato riferimento le **esigenze solidaristiche di integrazione sociale e professionale** delle persone con disabilità o svantaggiate che hanno trovato menzione nell'**art. 61;**».*

Clausole sociali: definizione

Art. 2, c. 1, lett. o) dell'Allegato I (riprende art. 3, c. 1, lett. qqq) del d.lgs. 50/2016)

«clausole sociali», disposizioni che impongono a un datore di lavoro il rispetto di determinati **standard di protezione sociale e del lavoro** come **condizione** per svolgere attività economiche in appalto o in concessione **o per accedere a benefici di legge e agevolazioni finanziarie.**

Le norme a confronto: l'ampliamento del perimetro

ART. 50 D.LGS. 50/2016 (in vigore dal 20 maggio 2017)

- Per gli affidamenti dei contratti di concessione e di appalto di lavori e servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale, ~~con particolare riguardo a quelli relativi a contratti ad alta intensità di manodopera~~, i bandi di gara, gli avvisi e gli inviti inseriscono, nel rispetto dei principi dell'Unione europea, specifiche clausole sociali volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato, prevedendo l'applicazione da parte dell'aggiudicatario, dei contratti collettivi di settore ~~di cui all'articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81. I servizi ad alta intensità di manodopera sono quelli nei quali il costo della manodopera è pari almeno al 50 per cento dell'importo totale del contratto.~~

ART. 57 D.LGS. 36/2023

- Per gli affidamenti dei contratti di appalto di lavori e servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale e per i contratti di concessione i bandi di gara, gli avvisi e gli inviti, **tenuto conto della tipologia di intervento, in particolare ove riguardi il settore dei beni culturali e del paesaggio**, e nel rispetto dei principi dell'Unione europea, **devono contenere** specifiche clausole sociali con le quali **sono richieste, come requisiti necessari dell'offerta, misure orientate tra l'altro 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, nonché l'applicazione dei contratti collettivi **nazionali e territoriali** di settore, **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, nonché a garantire le stesse tutele economiche e normative per i lavoratori in subappalto rispetto ai dipendenti dell'appaltatore e contro il lavoro irregolare.**

I servizi di natura intellettuale

Un criterio orientativo:

le Linee Guida ANAC n. 13 recanti “La disciplina delle clausole sociali”

Per servizi di natura intellettuale, si intendono i servizi che richiedono lo **svolgimento di prestazioni professionali, svolte in via eminentemente personale**, come ad esempio il brokeraggio assicurativo e la consulenza. Tale condizione si verifica nei casi in cui, anche eventualmente in parallelo all’effettuazione di attività materiali, **il fornitore elabora soluzioni, proposte, pareri che richiedono una specifica e qualificata competenza professionale, prevalente** nel contesto della prestazione erogata rispetto alle attività materiali e all’organizzazione di mezzi e risorse. Il servizio, pertanto, non ha natura intellettuale per il solo fatto di essere prestato da personale soggetto all’obbligo di iscrizione in albi professionali.

Clausole sociali: la relazione illustrativa

Dalla relazione illustrativa:

*«L'art. 57, comma 1, rappresenta l'approdo di plurimi interventi normativi e dubbi interpretativi sorti in sede applicativa del vigente art. 50 del decreto legislativo n. 50/2016, espliciti, prima nel **parere del Consiglio di Stato n. 2703 del 21 novembre 2018**, reso all'Adunanza della Commissione speciale del 26 ottobre 2018, richiesto dall'ANAC, e poi, nelle stesse **Linee Guida dell'ANAC n. 13**, recanti "La disciplina delle clausole sociali", approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 114 del 13 febbraio 2019.*

L'ANAC ha inteso sottolineare come le citate Linee Guida "contengono indicazioni circa e modalità di applicazione e di funzionamento dell'istituto della clausola sociale, da considerare non vincolanti".»

Dalle Linee Guida ANAC n. 13

Le stazioni appaltanti **possono** prevedere la clausola sociale **anche in appalti non ad alta intensità di manodopera**, con esclusione (oltre ai servizi di natura intellettuale): - degli appalti di fornitura; - degli appalti di natura occasionale.

La clausola sociale, **salvo diversa previsione della contrattazione collettiva**, **non si applica al personale utilizzato**, nel contratto cessato, **da parte delle imprese subappaltatrici**.

L'applicazione della clausola sociale **non comporta un indiscriminato e generalizzato dovere di assorbimento** del personale utilizzato dall'impresa uscente, dovendo tale obbligo essere armonizzato con l'organizzazione aziendale prescelta dal nuovo affidatario. Il riassorbimento del personale è imponibile nella misura e nei limiti in cui sia compatibile con il fabbisogno richiesto dall'esecuzione del nuovo contratto e con la pianificazione e l'organizzazione definita dal nuovo assunto.

La stazione appaltante prevede, nella documentazione di gara, che il concorrente alleggi all'offerta un **progetto di assorbimento** atto ad illustrare le concrete modalità di applicazione della clausola sociale. La mancata presentazione del progetto equivale a mancata accettazione della clausola sociale

Dalle Linee Guida ANAC n. 13

Le stazioni appaltanti indicano nella documentazione di gara il contratto collettivo applicabile in ragione della pertinenza rispetto all'oggetto prevalente dell'affidamento. L'operatore economico subentrante applica le disposizioni sulla clausola sociale recate dal contratto collettivo indicato dalla stazione appaltante. **È comunque fatta salva l'applicazione, ove più favorevole, della clausola sociale prevista dal contratto collettivo nazionale prescelto dall'operatore economico** (CdS, parere n. 2703/2018: la clausola sociale inserita in un bando di gara può essere efficace solo in via suppletiva)

Conseguenze del mancato adempimento

5.1 La mancata accettazione della clausola sociale costituisce manifestazione della volontà di proporre un'**offerta condizionata**, come tale inammissibile nelle gare pubbliche, per la quale si impone l'**esclusione dalla gara**.

5.2 L'esclusione, viceversa, non è fondata nell'ipotesi in cui l'operatore economico manifesti il proposito di applicarla nei limiti di compatibilità con la propria organizzazione d'impresa.

5.3 L'**inadempimento** degli obblighi derivanti dalla clausola sociale comporta l'**applicazione dei rimedi previsti dalla legge ovvero dal contratto**. Nello schema di contratto le stazioni appaltanti inseriscono clausole risolutive espresse ovvero penali commisurate alla gravità della violazione.

Clausole sociali: evoluzione

Art. 50 d.lgs. 50/2016, ante d.lgs. 56/2017:

mera facoltà 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

Art. 8, c. 1, lett. 0a-bis L. n. 120 del 2020, di conversione del D.L. n. 76 del 2020 modifica l'art. 36 c. 1 d.lgs. 50/2016: "*Le stazioni appaltanti applicano le disposizioni di cui all'articolo 50*".

Art. 50 d.lgs. 50/2016, post d.lgs. 56/2017:

obbligo 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**; negli altri casi, secondo la giurisprudenza (e ANAC), mera facoltà

Art. 57 d.lgs. 36/2023:

obbligo per gli affidamenti di contratti di appalto di lavori e servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale e per i contratti di concessione

Clausole sociali: altre novità

Accanto al rispetto dei principi dell'Unione europea, compare un richiamo alla **TIPOLOGIA DI INTERVENTO**, in particolare ove riguardi il **SETTORE DEI BENI CULTURALI E DEL PAESAGGIO**

IL CONTENUTO

Sono richieste
come **requisiti
necessari
dell'offerta**

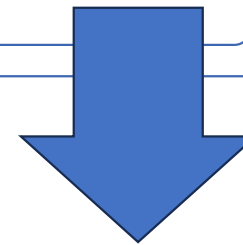
misure orientate tra l'altro a
garantire

- le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate
- la stabilità occupazionale del personale impiegato
- l'applicazione dei contratti collettivi nazionali e territoriali di settore
- le stesse tutele economiche e normative per i lavoratori in subappalto rispetto ai dipendenti dell'appaltatore e contro il lavoro irregolare

La garanzia dell'applicazione dei contratti collettivi nell'art. 57

Viene eliminato il riferimento all'art. 51 del d.lgs. n. 81 del 2015

L'obiettivo di garantire l'applicazione dei contratti collettivi nazionali e territoriali di settore dovrà essere perseguito 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



Il principio di applicazione dei contratti collettivi

Art. 11. (Principio di applicazione dei contratti collettivi nazionali di settore. Inadempienze contributive e ritardo nei pagamenti)

1. 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**.
2. **Nei bandi e negli inviti le stazioni appaltanti e gli enti concedenti indicano il contratto collettivo** applicabile al personale dipendente impiegato nell'appalto o nella concessione, in conformità al comma 1. **ESIGENZE DI CERTEZZA**
3. Gli **operatori economici possono indicare nella propria offerta il differente contratto collettivo da essi applicato, purché garantisca ai dipendenti le stesse tutele di quello indicato dalla stazione appaltante o dall'ente concedente**. **ISPIRATO ALLA TUTELA DELLA LIBERTÀ DI INIZIATIVA ECONOMICA**
4. **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**. In quest'ultimo caso, **la dichiarazione è anche verificata con le modalità di cui all'articolo 110**.
5. 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**.

[...]

L'indicazione del contratto collettivo

Si tratta di una **novità assoluta**, che **pare superare l'orientamento giurisprudenziale** secondo cui «*Rientra nella discrezionalità della amministrazione appaltante fissare i contenuti dei servizi da affidare mediante gara, quale aspetto caratteristico del merito amministrativo e sebbene all'interno di queste scelte si collochi anche quella dei requisiti da richiedere per l'espletamento dei servizi oggetto di una gara, tuttavia non rientra nella discrezionalità dell'amministrazione appaltante anche quella di imporre o di esigere un determinato contratto collettivo nazionale di lavoro, tanto più qualora una o più tipologie di contratti collettivi possano anche solo astrattamente adattarsi alle prestazioni oggetto del servizio da affidare*» (CdS, Sez. V, 23 luglio 2018 n.4443)

Alcuni temi:

- quale contratto scegliere?
- come sarà valutata l'equivalenza (minimi salariali, tutele giuridiche, etc.)?

Gli impegni dell'operatore economico

Tra le disposizioni del Codice dedicate ai requisiti di partecipazione alla gara è stato introdotto l'art. 102:

1. Nei bandi, negli avvisi e negli inviti le stazioni appaltanti, tenuto conto della prestazione oggetto del contratto, richiedono agli operatori economici di assumere i **seguenti impegni**:
 - a) **garantire** la stabilità occupazionale del personale impiegato;
 - b) **garantire** l'applicazione dei contratti collettivi nazionali e territoriali di settore, tenendo conto, in relazione all'oggetto dell'appalto e alle prestazioni da eseguire, anche in maniera prevalente, di quelli stipulati dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e di quelli il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente, nonché garantire le stesse tutele economiche e normative per i lavoratori in subappalto rispetto ai dipendenti dell'appaltatore e contro il lavoro irregolare;
 - c) **garantire** le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate.
2. Per i fini di cui al comma 1 **l'operatore economico indica nell'offerta le modalità con le quali intende adempiere** quegli impegni. **La stazione appaltante verifica l'attendibilità degli impegni assunti con qualsiasi adeguato mezzo, anche con le modalità di cui all'articolo 110, solo nei confronti dell'offerta dell'aggiudicatario.**



Gli impegni dell'operatore economico

L'**operatore economico** indica nell'offerta le modalità con le quali intende adempiere agli impegni di cui all'art. 102.

La **stazione appaltante** verifica l'attendibilità degli impegni assunti, anche con le modalità di cui all'articolo 110, solo nei confronti dell'offerta dell'aggiudicatario.

- Applicazione generalizzata delle clausole sociali tese a garantire la stabilità occupazionale del personale impiegato
- Applicazione delle clausole sociali in materia di pari opportunità senza considerare l'oggetto dell'appalto
- La legge delega prevede di “promuovere” le pari opportunità (« ... **obbligo** per le stazioni appaltanti di inserire ... specifiche clausole sociali con le quali sono indicati, come **requisiti necessari dell'offerta**, criteri orientati tra l'altro 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»)



Parità di genere: tra garanzia e promozione

Art. 102 d.lgs. 36/2023

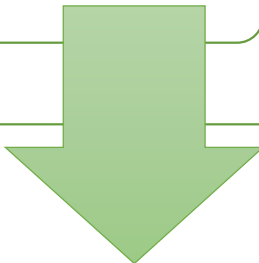
tra gli impegni dell'OE
compare la garanzia delle pari
opportunità di genere

Art. 108, c. 7, d.lgs. 36/2023

**tra i criteri di valutazione
dell'offerta** si prevede il
maggior punteggio da
attribuire alle imprese per
l'adozione di politiche tese al
raggiungimento della parità di
genere

Il primo correttivo al d.lgs. 36/2023

Decreto legge 29/05/2023, n. 57 (Misure urgenti per gli enti territoriali, nonché per garantire la tempestiva attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza e per il settore energetico).
In vigore dal 30 maggio 2023



Art. 2, comma 1. All'articolo 108, comma 7, del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36, il quinto e il sesto periodo sono sostituiti dal seguente: «Al fine di promuovere la parità di genere, le stazioni appaltanti prevedono 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'articolo 46-bis del codice delle pari opportunità tra uomo e donna, di cui al decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198.».

Il primo correttivo

Art. 108, comma 7 *ante* correttivo

- Al fine di promuovere la parità di genere, le stazioni appaltanti **prevedono** nei bandi di gara, negli avvisi e negli inviti, il maggior punteggio da attribuire alle imprese ~~che attestano, anche a mezzo di autocertificazione, il possesso dei requisiti di cui all'articolo 46-bis del codice delle pari opportunità tra uomo e donna, di cui al decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198. La stazione appaltante verifica l'attendibilità dell'autocertificazione dell'aggiudicataria con qualsiasi adeguato mezzo.~~

Art. 108, comma 7 *post* correttivo

- Al fine di promuovere la parità di genere, le stazioni appaltanti **prevedono** 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'articolo 46-bis del codice delle pari opportunità tra uomo e donna, di cui al decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198.**

Indicazione
ancora
valida?

Nella *lex specialis* la **clausola sociale va formulata (e intesa) in maniera elastica e non rigida**, rimettendo all'operatore economico concorrente finanche la valutazione in merito all'assorbimento dei lavoratori impiegati dal precedente aggiudicatario, anche perché solo in questi termini essa è conforme alle indicazioni della **giurisprudenza amministrativa**, secondo la quale **l'obbligo di mantenimento dei livelli occupazionali del precedente appalto va temperato con la libertà d'impresa** e con la facoltà in essa insita di organizzare il servizio in modo efficiente e coerente con la propria organizzazione produttiva, al fine di realizzare economie di costi da valorizzare a fini competitivi nella procedura di affidamento dell'appalto.

(Consiglio di Stato, Sez. V, 7 aprile 2023 n. 3628)

Dal parere del CdS n. 2603 del 2018

«Definire la disciplina della clausola sociale in esame richiede un **bilanciamento fra più valori**, tutti di rango costituzionale, ed anche europeo, ...

Ci si riferisce **da un lato al rispetto della libertà di iniziativa economica privata, garantita dall'art. 41 Cost**, ma anche dall'art. 16 della Carta di Nizza, che riconosce "la libertà di impresa", conformemente alle legislazioni nazionali. E' in base al necessario rispetto di tale principio che secondo costante giurisprudenza di questo Consiglio, per tutte C.d.S. sez. III 27 settembre 2018 n.5551 e sez. V 28 agosto 2017 n.4079, l'obbligo di riassorbimento del personale imposto dalla clausola in questione deve essere inteso in modo compatibile con l'organizzazione di impresa prescelta dall'imprenditore subentrante...

... è utile ricordare anche come la **Corte Costituzionale** abbia dichiarato, ad esempio, l'illegittimità costituzionale di disposizioni di leggi regionali che non si limitavano a prevedere il mantenimento in servizio di personale già assunto, nel caso di discontinuità dell'affidatario, ma stabilivano in modo automatico e generalizzato "l'assunzione a tempo indeterminato" del personale già "utilizzato" dalla precedente impresa o società affidataria dell'appalto (Corte Cost., 3 marzo 2011, n. 68).

Ci si riferisce, **dall'altro lato**, in primo luogo al **diritto al lavoro**, la cui protezione è imposta dall'art. 35 Cost, e dall'art. 15 della Carta di Nizza, di analogo contenuto ...

L'effettività delle clausole sociali è dunque strettamente legata ai già evidenziati limiti di compatibilità costituzionale ed euro unitaria tracciati, oltre che dalla giurisprudenza costituzionale, da quella amministrativa, ... secondo cui, da un lato, la clausola sociale è legittima nella misura in cui non implichi un indiscriminato e generalizzato dovere di assumere tutto il personale dell'impresa uscente ma permetta invece una ponderazione tra la necessità di personale per l'esecuzione del nuovo contratto e la libertà di scelta organizzativa e imprenditoriale del nuovo appaltatore; dall'altro, **rientra nelle prerogative dell'imprenditore la scelta del contratto collettivo da applicare, fatta in ogni caso salva la coerenza con l'oggetto dell'attività affidata dalla stazione appaltante.**»

La Relazione illustrativa sull'art. 11

La norma intende dare attuazione e valorizzare la previsione posta dall'art. 1, comma 2, lettera h), n. 2, della legge delega «che anche sul piano letterale [attraverso **l'uso del verbo "garantire" in luogo di "promuovere"** (al n. 3 della medesima lettera h) o in luogo del sostantivo "promozione" (nella lettera i)] **sembra aver abbandonato l'idea di una funzione meramente promozionale e incentivante, nei confronti degli operatori economici, delle norme sulle clausole sociali** nella disciplina dei contratti pubblici, mirando a conseguire un effettivo risultato applicativo con norme maggiormente pregnanti e vincolanti.»

(segue)

La Relazione illustrativa sull'art. 11

- La norma dell'art. 30, comma 4, del d.lgs. 50/2016 ha cambiato il punto di riferimento per la scelta del CCNL applicabile: non più l'attività prevalente esercitata dall'impresa (come si è sempre sostenuto sulla base dell'art. 2070 del cod. civ.), ma le prestazioni oggetto dell'appalto da eseguire. Inoltre, ha espressamente previsto il criterio di selezione del CCNL da scegliere tra quelli stipulati dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale (i c.d. contratti *leader*).
- Rimane tuttavia aperta la **questione**, altrettanto centrale, **della possibile sovrapposizione tra settori di attività e quindi della possibile applicabilità di più contratti collettivi conformi**, con ambiti di applicazione compatibili con l'attività oggetto dell'appalto.
- **La norma** proposta - di cui ai **commi 1 e 2** - **intende compiere un ulteriore passo in questa direzione**, restringendo anche le ipotesi in cui, per la frammentazione dei contratti collettivi nell'ambito del medesimo settore, l'operatore economico finisca con l'optare per un CCNL che non garantisce al lavoratore le migliori tutele sotto il profilo normativo ed economico.
- La previsione **non pare 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 libero di accettare o non la clausola dell'appalto pubblico oggetto dell'aggiudicazione** (accettando, quindi, anche l'esclusione dalla procedura).
- I medesimi argomenti possono essere utilizzati per affermare la **compatibilità anche rispetto all'art. 41 Cost.**, tenuto conto altresì che **la libera iniziativa economica "non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale"**. Il consentire alla p.a. la scelta di indicare il CCNL applicabile alle prestazioni oggetto di gara sembra trovare giustificazione proprio sotto questo profilo (Art. 41, secondo comma, Cost.).

I contratti riservati (art. 61 d.lgs. 36/2023): cenni

- La disciplina dei contratti di appalto e di concessione riservati dettata dall'art. 61 attua la direttiva orientata a finalità sociali della lett. u) della Legge Delega
- La norma riprende l'art. 112 del d.lgs. 50/2016 e l'art. 20 della Direttiva 2014/24/UE (nel Considerando n. 2 chiarisce come gli appalti pubblici siano il mezzo per una «crescita intelligente, sostenibile e inclusiva» che debba tendere anche al «conseguimento di obiettivi condivisi a valenza sociale». In quest'ottica «lavoro e occupazione contribuiscono all'integrazione nella società e sono elementi chiave per garantire pari opportunità a tutti», Considerando n. 36).
- Comma 1: **facoltà** di riservare il diritto di partecipazione alle procedure di appalto o di concessione o di riservarne l'esecuzione a operatori economici, cooperative sociali e loro consorzi il cui scopo principale sia l'integrazione sociale e professionale delle persone con disabilità o svantaggiate
- Comma 2 (**innovativo**): le stazioni appaltanti e gli enti concedenti prevedono 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 (per la Relazione illustrativa è una «possibilità»). La previsione ricorda l'art. 47 del D.L. 77/2021 (Pari opportunità e inclusione lavorativa nei contratti pubblici, nel PNRR e nel PNC), declinato nel dPCM 07.12.2021
- L'allegato II.3 individua i soggetti beneficiari della disposizione (riprendendo numerose disposizioni contenute nell'art. 47 D.L. 77/2021). L'allegato II.3 sarà abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore del corrispondente regolamento

Grazie dell'attenzione