

Per Autore: Per uniformità al Volume, nelle note, abbiamo sostituito gli acronimi delle riviste con il titolo abbreviato. Per cortesia verificare. Grazie

APPALTI PUBBLICI E CLAUSOLE SOCIALI TRA ORDINAMENTO INTERNO E DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

*Alessandro Boscati**

1. Premessa

Il tema degli appalti pubblici intreccia molteplici ambiti e piani¹. A livello generale vi è l'esigenza di operare il bilanciamento tra interessi diversi e finanche contrapposti, segnatamente di carattere sociale e commerciale-concorrenziale. A livello particolare vi è la necessità di coniugare la disciplina collettiva del lavoro con quella individuale, con specifico riguardo alle problematiche del trattamento economico e normativo, dell'individuazione del contratto collettivo applicabile, connesso a quello più ampio della rappresentanza sindacale e, infine, della sicurezza del lavoro, a sua volta da legare al tema del costo del lavoro e della produttività. Tutto ciò in una visione che non deve essere "provinciale", con una aggettivazione da intendersi in una duplice accezione, ovvero come approfondimento interdisciplinare esteso oltre la sfera giuridica ed in tale dimensione con un'attenzione rivolta ad una analisi congiunta del quadro normativo nazionale e dell'Unione Europea ed in cui un ruolo centrale assumono anche gli orientamenti giurisprudenziali.

Nel quadro problematico sinteticamente delineato l'analisi sarà dedicata alle c.d. clausole sociali, ovvero quelle clausole volte ad imporre al datore di lavoro appaltatore il rispetto di determinati standard di protezione sociale e

* Ordinario di Diritto del lavoro – Università degli Studi di Milano.

[Il saggio è destinato agli Studi in onore del Professore Alessandro Garilli](#)

¹ In generale, tra i molti, senza pretesa di esaustività v. almeno D. GAROFALO (a cura di), *Appalti e lavoro. Volume primo. Disciplina pubblicistica*, Giappichelli, Torino, 2017; A. MASERA, F. MERLONI, *L'eterno cantiere del Codice dei contratti pubblici*, in *Dir. ~~pen~~pubb.*, 2021, p. 587 ss.

del lavoro, con riguardo non solo alla fase di svolgimento del rapporto, ma anche a quella genetica di approvvigionamento del personale. Un'analisi che prenderà le mosse dalla ricostruzione del quadro normativo di riferimento e degli orientamenti di carattere generale espressi dalla giurisprudenza, interna e dell'Unione Europea, per poi analizzare nello specifico le tipologie di clausole previste dal codice dei contratti pubblici e le questioni problematiche di maggior rilievo ad esse riferibili. Una sintetica, ma puntuale considerazione sarà dedicata anche al subappalto e incidentalmente alle questioni relative al rapporto tra trasferimento d'azienda ed appalto, prima delle riflessioni finali in cui, alla luce di quanto ricostruito ed analizzato, si porrà *de jure condendo* la questione dell'opportunità di un ripensamento alle politiche di diffusa esternalizzazione di alcuni servizi da parte delle pubbliche amministrazioni.

2. *Il sistema delle fonti e gli orientamenti della giurisprudenza. Profili di inquadramento generale*

Si è anticipata in premessa la duplice esigenza di una riflessione dedicata al tema appalti pubblici che superi la mera prospettiva giuridica. Prospettiva, quest'ultima, che oggi più che mai deve essere letta in chiave europea poiché il nostro ordinamento è una parte inserita in un tutt'uno sovranazionale e da quest'ultimo tutto dipende. Si tratta di due "mondi" che nel dover convivere si fanno portatori di istanze diverse, per non dire opposte, non solo rispetto al rapporto concorrenza (o meglio iniziativa economica) e politica sociale, ma anche nell'ambito della seconda con riferimento agli spazi di agibilità del diritto del lavoro. La dimensione europea enfatizza la dimensione contrattuale degli appalti pubblici, a tutela del *level field playing* tra gli operatori; l'orizzonte sovranazionale ha una fisionomia dai tratti precisi e definiti, regole certe, costi certi. Nel diritto interno tutto ciò non è garantito, sia con riguardo alla disciplina strettamente gius-lavoristica, a partire dall'individuazione del contratto collettivo applicabile, sia con riferimento all'esistenza di alcune incoerenze interne allo stesso codice dei contratti pubblici, in particolare per quanto concerne le condizioni economiche e normative che devono essere garantite dall'appaltatore e suscettibili di differenti interpretazioni in relazione all'applicazione concreta.

Già la nozione di amministrazioni aggiudicatrici utilizzata dall'art. 3, comma 1, lett. a) del d.lgs. n. 50/2016, nell'essere più ampia di quella di pubbliche amministrazioni definita dall'art. 1, comma 2 del d.lgs. n. 165/2001, pone alcune questioni interpretative. Ai sensi del codice degli appalti per

amministrazioni aggiudicatrici si intendono infatti “le amministrazioni dello Stato; gli enti pubblici territoriali; gli altri enti pubblici non economici; gli organismi di diritto pubblico; le associazioni, unioni, consorzi, comunque denominati, costituiti da detti soggetti”. Ai sensi della successiva lett. d) del comma 1 del già citato art. 3 per organismo di diritto pubblico deve intendersi “qualsiasi organismo, anche in forma societaria, (...): 1) istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale; 2) dotato di personalità giuridica; 3) la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo d’amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico”. La nozione più ampia formulata dal codice degli appalti ha ricadute dirette sull’“altra” disciplina applicabile, prima fra tutte quella contenuta nel d.lgs. n. 276/2003, non trovando quest’ultimo decreto “applicazione per le pubbliche amministrazioni e per il loro personale”. Di qui una diversa tutela per i dipendenti degli appaltatori di pubbliche amministrazioni c.d. in senso stretto che potranno beneficiare di più ridotti strumenti di tutela, ferma l’applicabilità dell’art. 1676 c.c.².

Nel contesto così delineato nei suoi contorni generali si pone la questione, specifica, ma centrale, delle clausole sociali, definite dal codice degli appalti come le “disposizioni che impongono a un datore di lavoro il rispetto di determinati standard di protezione sociale e del lavoro come condizione per svolgere attività economiche in appalto o in concessione o per accedere a benefici di legge e agevolazioni finanziarie” [art. 3, comma 1, lett. qqq)]³. La previsione normativa suggerisce fin d’ora una doppia osservazione. La prima è che nell’impiego con l’impiego del termine “disposizioni” intende riferirsi non solo alla fonte legale ed a quella contrattuale, ma a qualunque provvedimento o accordo. La seconda è che il legislatore esprime in maniera chiara il

² In merito v. M. FALSONE, *Gli appalti pubblici e le tutele per i lavoratori*, in A. BOSCATI (a cura di), *Il lavoro pubblico. Dalla contrattualizzazione al Governo Draghi*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2021, p. 411.

³ Sulla qualificazione delle clausole sociali contenute nei contratti collettivi come forma atipica di contratto a favore di terzo. Cass. 13 agosto 1997 n. 7566; Cass. 22 aprile 2002 n. 5828 e, più recentemente, per una compiuta ricostruzione v. Cass. 9 settembre 2020 n. 18686. In dottrina v. M. FORLIVESI, *Le clausole sociali negli appalti pubblici: il bilanciamento possibile tra tutela del lavoro e ragioni del mercato*, in WP CSDLE “Massimo D’Antona.IT”, 275/2015, p. 13.

principio per cui la tutela-garanzia degli interessi dell'impresa non può prevalere su quelli di tutela dei lavoratori, si da imporsi la necessità di un bilanciamento delle rispettive posizioni. Un'esigenza che dapprima si è espressa sul piano funzionale dell'esecuzione dell'appalto, con le clausole di equo trattamento, e successivamente nel momento del cambio appalto con le clausole di riassorbimento volte a garantire la continuità occupazionale.

Ne deriva un quadro composito in cui diritto pubblico e diritto privato convivono, con disposizioni normative, previsioni negoziali e provvedimenti amministrativi che si integrano tra loro per disciplinare la procedura di aggiudicazione dell'appalto e per determinare le regole da applicare ai lavoratori interessati nella vicenda successiva.

3. Le clausole sociali e il loro rilievo

Le clausole sociali sono emblematiche dell'esigenza di bilanciamento e di temperamento degli interessi sopra evidenziati. E ciò con riguardo sia alle clausole di c.d. prima generazione (sulla garanzia del c.d. equo trattamento), sia a quelle di c.d. seconda generazione (sulla garanzia alla continuità occupazionale). Tali clausole paiono soddisfare nel contempo le esigenze dei lavoratori, dei committenti, degli appaltatori entranti ed uscenti. I lavoratori ricevono garanzie (vedremo più o meno ampie) in merito alla prosecuzione del rapporto di lavoro; ed una volta assicurata la continuazione il riconoscimento di un trattamento economico non inferiore (ma anche in questo caso con alcune specificazioni) di quello proprio dei dipendenti del committente. I committenti, a loro volta, possono fruire della prestazione di soggetti che, ancorché non propri dipendenti, hanno acquisito una specifica professionalità nello svolgimento dell'attività appaltata. Dette clausole (soprattutto quelle volte a garantire la continuità occupazionale) paiono di beneficio sia per l'appaltatore uscente sia per quello entrante. Il primo risolve la questione del reimpiego dei lavoratori, riducendo i rischi del licenziamento; il secondo ha, al pari del committente, la possibilità di avvalersi del patrimonio di professionalità e di conoscenze dei lavoratori già impiegati nell'appalto. Non mancano tuttavia per gli appaltatori dei profili negativi, in parte contrapposti agli appena evidenziati possibili benefici. La forza lavoro è calibrata sulla struttura imprenditoriale dell'imprenditore cessante, il quale talvolta può perdere l'appalto per scarsa capacità organizzativa o sovra-dimensionamento del personale (ed in ragione di ciò si vedrà il rilievo delle percentuali di vincolo di riassunzione in capo al subentrante). Nondimeno il sistema delle clausole sociali incide sulla

fidelizzazione dei lavoratori all'impresa, in ragione del legame precipuo al posto di lavoro, ovvero all'attività svolta nell'appalto, piuttosto che alla realtà aziendale. Ciò produce l'effetto di una scarsa propensione dei datori di lavoro all'effettuazione di investimenti in formazione, con le conseguenze che **è** **comporta-ne derivano** pure sul piano della salute e sicurezza del lavoro. Il che si unisce anche ad una scarsa spinta alla responsabilizzazione del personale, data l'elevata possibilità del transito presso una diversa realtà imprenditoriale, di per sé limitativa delle scelte di valorizzazione ad opera dei datori di lavoro.

4. *Le clausole sull'equo trattamento (c.d. clausole di prima generazione)*

Le clausole sul c.d. equo trattamento sono definite anche come clausole di prima generazione in ragione della loro più risalente genesi⁴. Si tratta, come si può desumere dalla loro denominazione, di clausole che impongono ai datori di lavoro appaltatori il rispetto di determinati standard di protezione sociale e del lavoro durante la fase funzionale di esecuzione del rapporto; una garanzia del riconoscimento di un certo trattamento che, ancor prima, costituisce un requisito per la stessa aggiudicazione dell'appalto.

Già lo Statuto dei lavoratori all'art. 36 aveva stabilito che “nei capitolati di appalto attinenti all'esecuzione di opere pubbliche, deve essere inserita la clausola esplicita determinante l'obbligo per il beneficiario o appaltatore di applicare o di far applicare nei confronti dei lavoratori dipendenti condizioni non inferiori a quelle risultanti dai contratti collettivi di lavoro della categoria e della zona”. Una norma senza dubbio di rilievo, ma che era stata letta ed interpretata soprattutto per la sua funzione di estensione dell'ambito soggettivo di efficacia del contratto collettivo. Rimaneva così sullo sfondo l'esigenza di tutela del singolo prestatore di lavoro⁵.

⁴ L'espressione è già utilizzata da F. CARNELUTTI, *Sul contratto di lavoro relativo ai pubblici servizi assunti da imprese private*, in Riv. ~~dottdir.~~ *comm.*, 1909, I, p. 416 ss.; v. anche E. GHERA, *Le c.d. clausole sociali: evoluzione di un modello di politica legislativa*, in *Dir. rel. ind.*, 2001, p. 134.

⁵ In merito a tale disposizione v. G.F. MANCINI, *Sub art. 36*, in *Statuto dei diritti dei lavoratori*, in V. SCIALOJA, G. BRANCA (a cura di), *Commentario al codice civile*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1972, p. 542 ss.; R. BORTONE, *Commento all'art. 36*, in G. GIUGNI (a cura di), *Lo statuto dei lavoratori*, Giuffrè, Milano, 1979, p. 646 ss.; P. TULLINI, *Finanziamenti pubblici alle imprese e clausole sociali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, p. 33 ss.; A. BELLAVISTA, *La clausola sociale dell'art. 36 st. lav. e l'art. 2070 c.c.*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, II, p. 462 ss.;

Di diversa è più ampia portata sono le previsioni del codice degli appalti. L'articolato normativo del d.lgs. n. 163/2006 è stato sostituito dal successivo emanato con il d.lgs. n. 50/2016 (a sua volta in parte novellato ed integrato), entrambi attuativi della disciplina europea, a propria volta in parte modificata⁶. Il diritto dell'Unione europea anela alla *par condicio*. La vigente Direttiva 2014/24 del 26 febbraio 2014, all'art. 18, stabilisce l'obbligo per le amministrazioni aggiudicatrici di trattare gli operatori economici su di un piano di parità e in modo non discriminatorio e di agire in maniera trasparente e proporzionata (§ 1) e prevede che gli Stati membri adottino misure adeguate per garantire che gli operatori economici nell'esecuzione degli appalti pubblici rispettino gli obblighi 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 della stessa Direttiva (§ 2); nel considerando 98 si precisa che tali misure devono essere applicate "conformemente alla Direttiva 96/71 quale interpretata dalla Corte di Giustizia"⁷.

La vigente disciplina interna, dettata dal codice degli appalti, considera il tema dell'equo trattamento nella fase iniziale della progettazione, che segue la programmazione e precede l'emanazione del bando, nella successiva fase di valutazione delle offerte, in cui è assunta la decisione di esclusione e/o di aggiudicazione, infine nella fase esecutiva di svolgimento dell'appalto. E con specifico riguardo a quest'ultima fase assumono un proprio ed autonomo rilievo le problematiche riferite al subappalto⁸.

Ogni fase merita una specifica attenzione in quanto oggetto di una puntuale disciplina che trova il proprio riferimento nel principio dettato dal comma 3 dell'art. 30 del codice degli appalti secondo cui "Nell'esecuzione di appalti pubblici e di concessioni, gli operatori economici rispettano gli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dalla normativa europea e nazionale, dai contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali elencate

G. ORLANDINI, *Clausole sociali (dir. lav. interno)*, in *Diritto on line* (2015), § 2.2; sulla portata generale di tale disposizione v. anche D. IZZI, *Lavoro negli appalti e dumping salariale*, Giapichelli, Torino, 2018, sp. 73 s.

⁶ In merito all'evoluzione v. F. PANTANO, *Le clausole sociali nell'ordinamento giuridico italiano. Concorrenza e tutela del lavoro negli appalti*, Pacini, Pisa, 2020, p. 20 ss.

⁷ La Direttiva 16 dicembre 1996 n. 96/71 è relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi.

⁸ V. F. BORGOGELLI, *Appalti pubblici e dumping salariale: un caso di subordinazione dell'autonomia collettiva?*, in *Lav. dir.*, 2016, p. 986 la quale evidenzia come il d.lgs. n. 50/2016 abbia rafforzato la vincolatività delle clausole di equo trattamento.

nell'allegato X". Una previsione che esplicita l'intreccio di fonti già **evidenziataevidenziato**.

Si inizia con l'analisi della fase di progettazione. Nel disciplinare le regole di tale fase (che come è noto è articolata nei tre momenti della definizione del progetto di fattibilità tecnica ed economica, nella redazione del progetto definitivo e poi in quella del progetto esecutivo) il legislatore ha previsto che per i contratti relativi a lavori, servizi e forniture il costo del lavoro sia "determinato annualmente, in apposite tabelle, dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali sulla base dei valori economici definiti dalla contrattazione collettiva nazionale tra le organizzazioni sindacali e le organizzazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentativi, delle norme in materia previdenziale ed assistenziale, dei diversi settori merceologici e delle differenti aree territoriali"⁹. Si stabilisce, altresì, che "in mancanza di contratto collettivo applicabile il costo del lavoro è determinato in relazione al contratto collettivo del settore merceologico più vicino a quelle preso in considerazione". Importante è, infine, nella prospettiva della salvaguardia delle condizioni di salubrità del lavoro la previsione per cui "i costi della sicurezza sono scorporati dal costo dell'importo assoggettato al ribasso" (art. 23, comma 16, d.lgs. n. 50/2016).

Dalle disposizioni sopra riportate deriva l'obbligo per le stazioni appaltanti di individuare secondo le tabelle ministeriali il costo del lavoro da evidenziarsi nei documenti di base di gara. Il valore calcolato dalla stazione appaltante costituisce una mera stima. Sono, infatti, presi a riferimento valori di costo medi e non effettivi, applicati da un'organizzazione aziendale e del lavoro di un ipotetico appaltatore "tipo".

La norma in sé solo in apparenza chiara pone almeno tre questioni. La prima attiene proprio all'adozione da parte del Ministero delle tabelle del costo medio orario del lavoro e segnatamente all'individuazione del contratto collettivo preso a riferimento per la sua determinazione. L'inattuazione della seconda parte dell'art. 39 porta a ritenere che siano presi a riferimento i contratti c.d. leader individuati sulla base di un criterio di rappresentatività storica. Tuttavia in caso di sovrapposizione dei perimetri contrattuali dei contratti collettivi nazionali sottoscritti dalle medesime organizzazioni dotate di una certa

⁹ Ai fini dell'individuazione dei settori merceologici da prendere in considerazione, si è fatto riferimento alle categorie menzionate nell'allegato al d.lgs. 17 marzo 1995 n. 157, concernente "Attuazione della Direttiva 92/50/CEE in materia di appalti pubblici di servizi".

rappresentatività l'identificazione del contratto leader diventa problematica, con tutte le incertezze che ne derivano¹⁰.

La seconda questione attiene alle conseguenze dell'eventuale mancata indicazione nei documenti di gara del costo del lavoro e dei costi della sicurezza. La giurisprudenza ritiene che detta mancanza non infici la legittimità della procedura poiché chi vuole partecipare conosce la tabella di riferimento cui adeguarsi per la formulazione dell'offerta¹¹. Peraltro appare evidente l'illegittimità dell'inserimento nel bando di gara dell'indicazione di un certo contratto collettivo da applicare. Una siffatta previsione, oltre a porsi in contrasto con la norma del codice degli appalti secondo cui "i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste" dalla legge, costituirebbe una palese violazione del principio di libertà sindacale, nonché i principi comunitari di concorrenza e di parità di trattamento tra le imprese¹². La libertà di scelta del contratto collettivo rientra nelle prerogative di organizzazione dell'imprenditore e nella libertà negoziale delle parti¹³. Tuttavia se all'impresa subentrante non può essere imposta l'applicazione di un determinato contratto collettivo, resta la necessità, logica e giuridica, che il contratto collettivo sia coerente con l'oggetto del contratto e, sempreché, salvaguardi i livelli retributivi dei lavoratori (riassorbiti e non) in modo adeguato e congruo¹⁴.

La terza questione concerne l'inosservanza da parte dei concorrenti, in sede di offerta economica, dei valori indicati dalla stazione appaltante nei documenti di gara. Il proponente deve inserire, a pena di esclusione, all'interno della propria offerta (ad esclusione di alcune specifici appalti, tra cui, tra gli altri, quelli relativi ai servizi di natura intellettuale) i costi della manodopera che ritiene che saranno sostenuti in corso di esecuzione del contratto e gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di

¹⁰ G. ORLANDINI, *Salari e contrattazione alla prova dei vincoli del mercato interno*, in *Lav. dir.*, 2020, p. 305.

¹¹ V. Tar Lazio, Roma, sez. II, 23 luglio 2018 n. 832 secondo cui le tabelle ministeriali operano da parametro esterno per l'individuazione del costo del lavoro e consentono al concorrente di formulare comunque un'offerta consapevole e rispettosa della legge.

¹² V. Cons. Stato, sez. V, 23 luglio 2018 n. 4443 che giunge a tale conclusione anche con riferimento alla circostanza della possibile adattabilità di una o più tipologie contrattuali alle prestazioni oggetto del servizio da affidare; v. anche Cons. Stato, sez. V, 1° marzo 2017 n. 932; Cons. Stato, sez. V, 12 maggio 2016 n. 1901; Cons. Stato, sez. III, 10 febbraio 2016 n. 589.

¹³ V. Cons. Stato, sez. V, 6 agosto 2019 n. 5574.

¹⁴ V. Cons. Stato, sez. III, 9 dicembre 2015 n. 5597.

salute e sicurezza (art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50/2016)¹⁵. La stima espressa nell'offerta economica è cosa diversa da quella prospettata a monte dalla stazione appaltante. Si fonda su calcoli legati all'organizzazione del lavoro che sarà predisposta in caso di aggiudicazione dell'appalto, con conteggi definiti assumendo quale riferimento un preciso numero di figure professionali da impiegare e con uno specifico inquadramento, con un monte ore definito in ragione delle caratteristiche della società in relazione all'attività che dovrà eseguire. L'offerente per calcolare i costi del personale prenderà a riferimento il contratto collettivo applicato nella propria azienda, ovvero il costo di lavoro reale che dovrà essere sostenuto, sì da doversi congruamente parlare di costo effettivo e non di costo medio.

Passando alla fase di aggiudicazione, la disciplina attuale del codice dei contratti pubblici prevede che l'affidamento dell'appalto sia rimesso, di regola, alla valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa e non al criterio del prezzo più basso, sì da imporre agli enti di considerare criteri di natura qualitativa e non solo economica (cfr. art. 95, comma 2). I costi della manodopera indicati nell'offerta devono essere indagati dalla stazione appaltante al fine di verificarne la congruità nei termini previsti all'art. 97, comma 5, lett. d) del codice. Quest'ultima norma prevede che il costo del personale non possa essere inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle tabelle ministeriali di cui all'art. 23, comma 16¹⁶. Si tratta di una verifica che deve essere sempre effettuata [tranne le eccezioni previste dal comma 10 dello stesso art. 95 (tra cui i già ricordati servizi di natura intellettuale)] e, dunque,

¹⁵ Sull'indicazione nell'offerta a pena d'esclusione dei costi di manodopera e degli oneri aziendali relativi all'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro v. Cons. Stato, sez. V, 8 aprile 2021 n. 2839.

¹⁶ Come osserva M. FALSONE, *Gli appalti pubblici e le tutele per i lavoratori*, cit., p. 415 s. il costo del lavoro e le tutele dei lavoratori in senso lato assumono rilievo in relazione alle condotte pregresse degli offerenti in quanto le violazioni già accertate di discipline lavoristiche di particolare rilievo devono condurre, in relazione alla fase della gara in cui emergono, alla esclusione dalla procedura o alla esclusione dall'aggiudicazione; in particolare non possono partecipare alla procedura di affidamento gli operatori economici che siano condannati in via definitiva per sfruttamento del lavoro minorile, nonché quelli che abbiano commesso infrazioni gravi impeditive del rilascio del DURC e, più in generale, in caso di accertata violazione degli obblighi in materia di salute e di sicurezza deve essere disposta l'esclusione dalla partecipazione e se la procedura è già in corso l'offerta deve essere esclusa anche se economicamente più vantaggiosa. Per la riconduzione di accertate omissioni retributive in quella dei gravi illeciti professionali, ai fini dell'esclusione dalla gara, v. Cons. Stato, sez. V, 24 gennaio 2019 n. 586.

anche nel caso in cui non debba essere eseguita la verifica di anomalia dell'offerta.

Con tutta evidenza i parametri del costo del lavoro medio e quello del minimo salariale sono diversi. Il primo è il frutto dell'attività di elaborazione del Ministero, che lo desume dall'analisi e dall'aggregazione di più dati inerenti a molteplici istituti contrattuali; il secondo viene desunto direttamente dal pertinente contratto collettivo nazionale e non abbisogna, per la sua enucleazione, di alcuna operazione di carattere statistico-elaborativo¹⁷. Solo nel caso di violazione dei minimi salariali vi è la sanzione dell'esclusione dell'offerta in quanto è considerata *ex lege* anormalmente bassa¹⁸. In giurisprudenza si è così evidenziato che il costo del lavoro medio è costruito su basi statistiche, ragion per cui esse non rappresentano un limite inderogabile per gli operatori economici partecipanti a procedure di affidamento di contratti pubblici, ma solo un parametro di valutazione della congruità dell'offerta¹⁹. Ne consegue che lo scostamento dalle tabelle, specie se di lieve entità, non legittima di per sé un giudizio di anomalia poiché il costo della manodopera dichiarato dall'operatore economico non deve coincidere con la stima fatta dall'amministrazione in sede progettuale²⁰.

¹⁷ Cfr. Cons. Stato, sez. III, 21 settembre 2018 n. 5492. In dottrina cfr. M. NOVELLA, *Costo del lavoro e retribuzione negli appalti pubblici di servizi. Il quadro normativo e qualche numero*, in *Lav. dir.*, 2020, p. 269.

¹⁸ Secondo la giurisprudenza amministrativa, v. in particolare Cons. Stato, sez. V, 27 dicembre 2018 n. 7248, il costo del lavoro ove non risulti inferiore ai minimi retributivi tabellari non può essere indicativo dell'inattendibilità dell'offerta dell'operatore economico in quanto un'organizzazione aziendale di rilevante entità può essere in grado di far fronte alle richieste della stazione appaltante servendosi, a turno, dei lavoratori già impiegati nell'esecuzione di altre commesse.

¹⁹ V. Cons. Stato, sez. V, 17 maggio 2018 n. 2951 secondo cui l'operatore economico può mediante l'organizzazione della sua impresa realizzare economie di scala che rendono il costo del lavoro offerto inferiore a quello di altro operatore pur a parità di ore lavorate. Si è, altresì, affermato (v. Cons. Stato, sez. V, 3 febbraio 2021 n. 1001; Tar Lazio, Roma, sez. II-bis, 30 luglio 2020 n. 8877) che nel caso di ricorso proposto avverso il giudizio di anomalia dell'offerta il giudice può sindacare le valutazioni compiute dalla pubblica amministrazione sotto il profilo della loro logicità e ragionevolezza e della congruità dell'istruttoria, ma non può effettuare autonomamente la verifica della congruità dell'offerta presentata e delle sue singole voci, sostituendo così la sua valutazione al giudizio formulato dall'organo amministrativo cui la legge attribuisce la tutela dell'interesse pubblico nell'apprezzamento del caso concreto.

²⁰ Da, ultimo, v. Cons. Stato, sez. V, 21 giugno 2021 n. 4753 ove in motivazione si afferma che "Per consolidata giurisprudenza, i valori del costo del lavoro risultanti dalle tabelle ministeriali sono un semplice parametro di valutazione della congruità dell'offerta, sì che l'eventuale scostamento delle voci di costo da quelle riassunte nelle tabelle non legittima un giudizio

Senonché sul piano concreto si pongono molteplici questioni. Innanzitutto se si analizzano le tabelle ministeriali emerge come esse non sempre contengano una specifica voce con l'indicazione dei minimi salariali. Una questione che fa il paio con la non sempre facile individuazione del contratto di riferimento. Inoltre il parametro dell'offerta economicamente più vantaggiosa può dar luogo ad una rincorsa competitiva al ribasso ottenuta tramite tentativi di compressione della remunerazione del lavoro e non in base alla capacità di efficiente organizzazione dei fattori produttivi, tra cui, ovviamente, deve essere annoverato il lavoro²¹. Tutto ciò ferma l'incomprimibilità dei costi della sicurezza che, per espressa previsione, non sono assoggettati a ribasso e devono essere quantificati a parte²². Occorre ricordare come l'offerta sia considerata "anormalmente bassa" quando sono incongrui gli oneri aziendali della sicurezza rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi e delle forniture [v. art. 97, comma 5, lett. c)].

Ma vi è un altro aspetto che merita attenzione ed in cui la fase dell'aggiudicazione e quella dell'esecuzione sono unite in un *continuum*. L'esclusione dell'offerta è disposta qualora l'offerente "non rispetta gli obblighi di cui

di anomalia o di incongruità e occorre, perché possa dubitarsi della congruità, che la discordanza sia considerevole e palesemente ingiustificata, alla luce di una valutazione globale e sintetica, di sua espressione di un potere tecnico-discrezionale insindacabile, salvo che la manifesta e macroscopica erroneità od irragionevolezza non renda palese l'inattendibilità complessiva dell'offerta"; in termini, oltre a Cons. Stato, sez. V, 30 novembre 2020 n. 7554; Cons. Stato, sez. V, 29 luglio 2019 n. 5353 citate dalla riportata sentenza v. Cons. Stato, sez. V, 6 febbraio 2017 n. 501; Cons. Stato, sez. III, 13 marzo 2018 n. 1609; Cons. Stato, sez. III, 21 luglio 2017 n. 3623. Secondo Tar Lombardia, Brescia, sez. I, 7 ottobre 2019 n. 870 per valutare la congruità del costo del lavoro qualora non sia possibile operare un immediato riferimento agli importi dei contratti collettivi [nazionalenazionali](#), per la molteplicità delle modalità di lavoro anche non dipendente con le quali è possibile assicurare una prestazione lavorativa, la stazione appaltante deve valutare la corretta determinazione del costo del lavoro anche con strumenti diversi.

²¹ In questi termini condivisibilmente M. NOVELLA, *Costo del lavoro e retribuzione negli appalti pubblici di servizi. Il quadro normativo e qualche numero*, cit., p. 265.

²² Sull'accertamento della congruità dei costi della sicurezza indicati in offerta v. Cons. Stato, sez. V, 13 marzo 2020 n. 1818; Cons. Stato, sez. III, 24 giugno 2019 n. 4317; Cons. Stato, sez. III, 1° agosto 2018 n. 4763. Secondo Tar Lazio, Roma, sez. II, 3 febbraio 2021 n. 1390 l'operatore economico è tenuto ad indicare separatamente i costi della manodopera e i costi della sicurezza, ma in assenza di una specifica indicazione del bando, la modalità di tale indicazione è libera, ben potendosi indicare la seconda come una frazione interna della prima e ben potendosi includere nei costi della manodopera anche voci non meramente retributive, ma attinenti alla più complessiva gestione del rapporto di lavoro dei dipendenti, ad esempio come formazione, sostituzione per assenze legittime.

all'articolo 105". Quest'ultimo articolo al comma 9 dispone che "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". Ne deriva che ciò che deve essere garantito è l'applicazione delle disposizioni della contrattazione collettiva da cui scaturisce la definizione del trattamento economico e normativo dovuto ai lavoratori, ferme restando tutte le problematiche già evidenziate relative alla definizione dell'ambito di efficacia del contratto collettivo. La citata previsione deve essere letta congiuntamente con quella dell'art. 30, comma 4, dello stesso codice degli appalti secondo cui "Al personale impiegato nei lavori, servizi e forniture oggetto di appalti pubblici e concessioni è applicato il contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e quelli il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente".

L'obiettivo del legislatore appare chiaro e consiste nel voler assicurare che il trattamento normativo ed economico da riconoscere ai lavoratori impiegati nell'appalto sia identificato in misura omogenea per tutti i concorrenti. In questa logica convergono sia il richiamo al contratto collettivo leader del settore di riferimento, ma anche l'obbligo di applicare il contratto collettivo direttamente pertinente con l'attività oggetto dell'appalto. Quest'ultima previsione assume una particolare rilevanza dato che occorre riferirsi non all'attività prevalente esercitata dall'appaltatore (e, dunque, al correlativo contratto collettivo), ma al contratto collettivo relativo all'attività oggetto dell'appalto²³. In questo senso è la giurisprudenza che ha ritenuto che per "strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto" deve intendersi il contratto che meglio regola le prestazioni cui si riconnette la singola commessa pubblica e che dovranno essere rese dalla categoria dei lavoratori impiegati nell'espletamento del servizio, ad esse riferendosi secondo un criterio di prossimità contenutistica²⁴. Si tratta di un obbligo imposto direttamente all'aggiudicatario,

²³ M. NOVELLA, *Costo del lavoro e retribuzione negli appalti pubblici di servizi. Il quadro normativo e qualche numero*, cit., p. 274 evidenzia in maniera condivisibile come la norma intenda "scongiurare l'applicazione ai lavoratori impiegati nell'appalto di contratti 'innaturali' rispetto all'oggetto dell'appalto stesso, laddove l'impresa eserciti attività prevalente in un settore diverso da quello in cui si svolge l'appalto".

²⁴ Cons. Stato, sez. III, 25 febbraio 2020 n. 1406.

senza intermediazione alcuna, che, in continuità con quanto già evidenziato, deve essere inteso come rinvio ai c.d. contratti leader quali parametri di valutazione di un trattamento minimo dignitoso e non come modalità per estendere direttamente l'ambito soggettivo di efficacia del contratto collettivo.

Le previsioni non paiono porsi in contrasto con il dettato dell'art. 39 Cost. in quanto non si concretizzano quali norme volte a disporre un'estensione soggettiva del contratto collettivo, ma indicano le condizioni che il concorrente/aggiudicatario deve applicare qualora in piena autonomia, sulla base di una propria scelta imprenditoriale, intenda partecipare all'operazione commerciale²⁵. In merito occorre ricordare che la Corte Costituzionale ha riconosciuto la legittimità costituzionale di una norma, l'art. 7, comma 4, d.l. n. 248/2007, con cui si è imposto alle società cooperative di applicare ai soci lavoratori, in presenza di più contratti collettivi, i livelli retributivi fissati dai contratti collettivi firmati dalle organizzazioni sindacali più rappresentative²⁶. In particolare nella pronuncia si afferma che la norma non configura un recepimento normativo di tali contratti, ma richiama i trattamenti economici complessivi minimi ivi previsti "quale parametro esterno di commisurazione, da parte del giudice, nel definire la proporzionalità e la sufficienza del trattamento economico da corrispondere al socio lavoratore, ai sensi dell'art. 36 Cost."²⁷; ed ancora si afferma che la norma nell'effettuare un rinvio alla fonte collettiva "si propone di contrastare forme di competizione salariale al ribasso, in linea con l'indirizzo giurisprudenziale che, da tempo, ritiene conforme ai requisiti della proporzionalità e della sufficienza (art. 36 Cost.) la retribuzione concordata nei contratti collettivi di lavoro firmati da associazioni comparativamente più rappresentative"²⁷.

²⁵ In merito v. M. PALLINI, *Diritto europeo e limiti di ammissibilità delle clausole sociali nella regolazione nazionale degli appalti pubblici di opere e servizi*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2016, p. 526 il quale rileva come la giurisprudenza escluda l'illegittimità della norma in quanto non impone alle imprese di aderire ad un sistema di contrattazione collettiva, ma solo di osservare la regolazione dei rapporti di lavoro dettata dal contratto collettivo di categoria per il tempo in cui instaurano rapporti contrattuali con la pubblica amministrazione.

²⁶ Corte cost. 26 marzo 2015 n. 51.

²⁷ V. anche Cass. 20 febbraio 2019 n. 4951 che configura la previsione dell'art. 7, comma 4, d.l. n. 248/2007 quale disposizione volta ad introdurre un parametro esterno ed indiretto di commisurazione ai criteri di proporzionalità e sufficienza della retribuzione previsti dall'art. 36 Cost.

Sul piano concreto il contenzioso interno riferito alla fase di esecuzione dell'appalto appare modesto, connotato da una valutazione caso per caso, in cui il filo rosso seguito dalla giurisprudenza amministrativa ed ordinaria è stato quello di cercare di coniugare libertà di concorrenza e tutela del lavoro. Un contenzioso limitato anche perché gli enti appaltanti trattengono dal compenso dovuto agli appaltatori le somme corrispondenti ai versamenti contributivi omessi come risultanti dal Durc e nel caso di mancato pagamento delle retribuzioni la stazione appaltante, previo invito all'appaltatore di onorare i debiti, procede lei alla corresponsione delle retribuzioni trattenendo in sede di conguaglio quanto anticipato. In ogni caso non è apparsa censurabile l'applicazione di un contratto collettivo "diverso" che assicuri ai lavoratori condizioni complessive non inferiori a quelle individuate nel c.d. accordo parametro.

Se questo è stato l'approccio della giurisprudenza interna, diverso è stato quello della giurisprudenza sovranazionale. La Corte di Giustizia si è in particolare occupata del riflesso della disciplina del distacco transnazionale disciplinato dalla Direttiva n. 96/71 sul regime degli appalti pubblici. Dapprima ha sancito la contrarietà al diritto dell'Unione Europea delle clausole sociali di equo trattamento sul presupposto dell'applicazione della Direttiva n. 96/71 anche nell'ambito degli appalti pubblici. In particolare ha ritenuto non ammissibile pretendere che un'impresa aggiudicataria di un appalto con una sede in un altro Stato membro debba applicare contratti collettivi privi di efficacia generalizzata, a meno che questi non siano "di fatto" comunque rispettati da tutte le imprese del settore al quale l'appalto si riferisce²⁸. In seguito ha un po' ammorbidito il proprio giudizio affermando che la Direttiva non impedisce l'imposizione di standard di tutela anche privi di applicazione generale se sono determinati direttamente dalla legge²⁹. In ogni caso la Corte ha attribuito un rilievo preminente alla libertà di prestare servizi e ha privilegiato un approccio restrittivo rispetto alle limitazioni che gli Stati membri oppongono al suo esercizio³⁰. In dottrina si così ritenuto che le uniche disposizioni

²⁸ Così Corte di Giustizia 3 aprile 2008, C-346/06, *Ruffert* che avvalora le proprie conclusioni richiamando anche l'art. 56 del TFUE non potendo superare il test di proporzionalità l'obbligo per le imprese straniere di rispettare standard lavoristici cui possono sottrarsi quella parte delle imprese nazionali che operano al di fuori degli appalti pubblici.

²⁹ Corte di Giustizia 17 novembre 2015, C-115/14, *Regiopost*. In dottrina in termini critici v. G. ORLANDINI, *Salari e contrattazione alla prova dei vincoli del mercato interno*, cit., p. 302 ss.

³⁰ Così F. PANTANO, *Le clausole sociali nell'ordinamento giuridico italiano. Concorrenza e tutela del lavoro negli appalti*, cit., p. 49 cui si rinvia per ulteriori riferimenti bibliografici.

dell'autonomia negoziale collettiva che possono essere considerate di applicazione generale, sì da soddisfare il requisito dell'art. 3 della Direttiva n. 96/71, sono quelle che definiscono i minimi retributivi. Ciò in ragione del consolidato orientamento giurisprudenziale fondato sull'art. 36, comma 1, della Carta costituzionale³¹. Una soluzione del tutto coerente con l'obbligo del necessario rispetto dei minimi salariali, come visto, condizione per l'operatore economico per essere considerato ai fini dell'aggiudicazione dell'appalto.

5. Le clausole sul riassorbimento di personale (c.d. clausole di seconda generazione)

Le clausole sul riassorbimento di personale sono definite anche come clausole di seconda generazione in ragione della loro genesi più recente, dapprima limitate a favore dei soli lavoratori svantaggiati e successivamente estese potenzialmente a tutti i lavoratori³².

A livello di normativa europea assume rilievo, oltre al già richiamato art. 18 della Direttiva 2014/24, l'art. 70 della stessa Direttiva ove si afferma che le amministrazioni aggiudicatarie “possono esigere condizioni particolari in merito all'esecuzione dell'appalto, purché collegate all'oggetto dell'appalto (...) e indicate nell'avviso di indizione di una gara o nei documenti di gara” e che “Dette condizioni possono comprendere considerazioni economiche, legate all'innovazione, di ordine ambientale, sociale o relative all'occupazione”.

Nell'ordinamento interno l'art. 50 del codice degli appalti stabilisce che “per gli affidamenti dei contratti di concessione e di appalto di lavori e servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale³³, con particolare riguardo a quelli

³¹ In merito v., tra gli altri, M. CORTI, *Concorrenza e lavoro: incroci pericolosi in attesa di una svolta*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2016, 520; E.M. MASTINU, *Le clausole sociali nel diritto del lavoro. Ordinamento nazionale, comunitario e internazionale a confronto*, in M. CORTI (a cura di), *Il lavoro nelle carte internazionali*, Vita e Pensiero, Milano, 2016, p. 70; V. BRINO, *Le clausole sociali a tutela dell'impiego e i vincoli di compatibilità con il mercato*, 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. 331.

³² V. F. BORGOGELLI, *Frammentazione organizzativa e pubbliche amministrazioni: interesse generale e tutela dei lavoratori nelle società a controllo pubblico*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2018, p. 391 ss.

³³ Le Linee Guida Anac n. 13, punto 2.1 approvate dal Consiglio dell'Autorità con Delibera 13 febbraio 2019 n. 114 hanno affermato che “Per servizi di natura intellettuale, si intendono i servizi che richiedono lo svolgimento di prestazioni professionali, svolte in via

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'art. 51 del [Dd.Lgs](#). 15 giugno 2015, n. 81". La norma precisa che "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"³⁴.

Il dettato normativo interno, prevede, dunque un inserimento obbligatorio di clausole volte a promuovere l'occupazione e non l'assunzione integrale di coloro che erano già applicati nell'appalto. È intuitiva l'evidente differenza rispetto alle già viste clausole di equo trattamento; qui è previsto l'inserimento nel bando della clausola, mentre per l'equo trattamento non vi è la previsione di una specifica clausola, ma una verifica circa il rispetto di certe condizioni in fase di aggiudicazione.

Il legislatore definisce anche l'ambito di applicazione dell'obbligo, con una doppia chiave, inclusiva ed esclusiva. Sono inclusi gli appalti ad alta intensità di manodopera, da intendersi quelli per cui il costo della manodopera è pari ad almeno il 50% del totale del contratto; sono esclusi gli appalti relativi alle prestazioni di natura intellettuale. Per quanto concerne la c.d. "terra di mezzo", ovvero quella per la quale non sussistono né l'obbligo né il divieto,

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". Tar Lombardia, Milano, sez. I, 21 gennaio 2021 n. 191 ha imposto l'applicazione delle clausole sociali anche nei servizi informatici che richiedono l'esecuzione di compiti ripetitivi e standardizzati, da svolgere sulla base di procedure predefinite. Peraltro un'altra questione importante attiene alla differenza tra appalto di servizi e singola attività professionale. Il confine fra contratto d'opera intellettuale e contratto d'appalto è individuabile sul piano civilistico in base al carattere intellettuale delle prestazioni oggetto del primo e in base al carattere imprenditoriale del soggetto esecutore del secondo. Tale distinzione "sfuma" in relazione alla disciplina dei contratti pubblici posto che il codice dei contratti pubblici adotta una nozione ampia di appalto di servizi che comprende, dal punto di vista soggettivo, anche l'attività del professionista.

³⁴ Per tali servizi l'art. 95, comma 3 del d.lgs. n. 50/2016 stabilisce che siano aggiudicati esclusivamente sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo. V. già Cons. Stato, Ad. Plen. 21 maggio 2019 n. 8 e, da ultimo, Tar Lombardia, Milano, sez. I, 30 aprile 2021 n. 1095.

la stazione appaltante ha la facoltà di estendere compatibilmente con le previsioni dei contratti collettivi l'applicazione della clausola sociale inserendola all'interno della *lex specialis* di gara e che l'operatore economico accetta con la partecipazione alla gara³⁵.

Una peculiare problematicità assume la previsione dell'applicazione da parte dell'aggiudicatario dei contratti di settore. Due sono le questioni che si pongono. La prima attiene all'individuazione del contratto collettivo cui riferirsi. Come è noto l'art. 51 del d.lgs. n. 81/2015 menziona non soltanto "i contratti collettivi di settore", cioè i contratti collettivi nazionali, ma anche i contratti collettivi territoriali o aziendali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e i contratti aziendali stipulati dalle loro rappresentanze sindacali aziendali ovvero dalla rappresentanza sindacale unitaria. Tuttavia la circostanza che il codice degli appalti operi un esplicito riferimento ai contratti di settore porta a ritenere che il rinvio all'art. 51 sia funzionale ad indicare un criterio selettivo nell'ambito dei contratti di livello nazionale. Vi è poi una seconda questione, ovvero se il riferimento ai contratti collettivi sia finalizzato solo a garantire il riassorbimento del personale o si estenda anche all'applicazione degli istituti normativi ed economici previsti dai contratti stessi. Sembra da privilegiare la prima ipotesi, con un richiamo alla contrattazione collettiva 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*. La giurisprudenza ha, infatti, sempre avallato il principio per cui il rapporto tra la clausola sociale contenuta nel bando di gara e l'eventuale clausola prevista nel contratto collettivo nazionale, che disciplina il cambio di appalto, è da intendersi in maniera c.d. "recessiva", trovando la prima applicazione solo in caso di mancanza della seconda³⁶. In ogni caso, in continuità con quanto già evidenziato, la stazione appaltante non può imporre l'applicazione di un determinato contratto collettivo quale requisito di partecipazione, né può sanzionare la sua mancata applicazione con l'esclusione, potendo l'impresa subentrante applicare un diverso contratto collettivo, pertinente all'oggetto dell'appalto, che

³⁵ In questo senso Anac, Linee Guida n. 13, punto 2.2, approvate dal Consiglio dell'Autorità con Delibera 13 febbraio 2019 n. 114.

³⁶ V. Tar Liguria, Genova, sez. II, 21 luglio 2017 n. 640.

salvaguardi i livelli retributivi dei lavoratori riassorbiti in modo adeguato e congruo³⁷.

Se si passa ad una riflessione a livello sistematico generale emerge come le clausole volte a promuovere il riassorbimento di personale esprimano tutte le problematicità del rapporto tra libertà di iniziativa economica e obblighi legislativi di assunzione sia con riferimento all'ordinamento interno sia con riferimento a quello europeo. Il legislatore nazionale ha operato un esplicito riferimento al rispetto dei principi dell'Unione Europea. Tuttavia vi sono alcune significative discrepanze tra l'ordinamento interno e quello Europeo proprio con riferimento al bilanciamento tra la tutela dell'iniziativa economica e del lavoro.

A livello interno, la Corte Costituzionale si è espressa più volte sul tema della riassunzione di personale, a partire dalla nota sentenza sul c.d. imponibile di manodopera censurato per contrasto con l'art. 41 della Costituzione³⁸. Più recentemente la Corte ha riconosciuto la legittimità costituzionale di disposizioni di legge che configurano clausole sociali a tutela dell'occupazione esprimendo tuttavia la necessità di operare un bilanciamento tra le esigenze di tutela sociale perseguite ed il grado di compressione imposto alla libertà d'impresa³⁹. Una posizione che risulta in linea con quella espressa dalla Corte di Giustizia secondo cui la predisposizione della clausola sociale non deve ledere l'applicazione dei principi di libertà di stabilimento, di libera prestazione dei servizi, di concorrenza e di libertà d'impresa⁴⁰. Ciò sul condivisibile presupposto che l'imposizione incondizionata di obblighi di riassunzione avrebbe vanificato eventuali risparmi di spesa derivanti da una diversa organizzazione del lavoro, con l'effetto di mortificare i benefici della

³⁷ Cfr. I. INGLESE, *Le clausole sociali nelle procedure di affidamento degli appalti alla luce delle novità normative*, in *Dir. rel. ind.*, 2018, p. 573.

³⁸ Corte cost. 30 dicembre 1958 n. 78 secondo cui l'imponibile di manodopera contrasta con l'art. 41 della Costituzione poiché "interferisce con la personale iniziativa economica, nonché con la libera valutazione e conseguente autodeterminazione di adeguati elementi per dimensionare l'azienda e provvedere alla sua interna organizzazione".

³⁹ Corte cost. 3 marzo 2011 n. 68.

⁴⁰ Tra le altre v. Corte di Giustizia (Grande sezione) 15 luglio 2010, C-271/08, *Commissione europea/Repubblica federale di Germania*; Corte di Giustizia 18 settembre 2014 C-549/13, *Bundesdruckerei GmbH*.

competizione⁴¹. La Corte di Giustizia ritiene che l'ordinamento giuridico dell'Unione non escluda forme di aggiudicazione che favoriscano la lotta contro la disoccupazione, ma richiama con costanza il limite generale dei principi fondamentali del diritto comunitario e tra questi in particolare il principio di non discriminazione⁴².

La giurisprudenza interna ha cercato di adeguarsi a quanto affermato dalla Corte di Giustizia escludendo ogni sorta di automatismo ed evidenziando l'esigenza di coniugare la continuità dell'occupazione con il contesto tecnico ed organizzativo dell'impresa che ne è gravata. La clausola è considerata costituzionalmente e comunitariamente legittima solo se non comporta un indiscriminato e generalizzato dovere di assorbimento di tutto il personale utilizzato dall'impresa uscente richiedendosi una ponderazione con il fabbisogno di personale per l'esecuzione del nuovo contratto e con le autonome scelte organizzative ed imprenditoriali del nuovo appaltatore. Diversamente vi sarebbe una violazione dei principi costituzionali e comunitari di libertà d'iniziativa economica e di concorrenza oltretutto di buon andamento. La giurisprudenza amministrativa afferma così che l'obbligo di riassorbimento dei lavoratori alle dipendenze dell'appaltatore uscente, nello stesso posto di lavoro e nel contesto dello stesso appalto, deve essere armonizzato e reso compatibile con l'organizzazione di impresa prescelta dall'imprenditore subentrante. 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 sociali⁴³. Si afferma ancora che è rimessa al concorrente la scelta sulle concrete modalità di attuazione della clausola, incluso l'inquadramento da attribuire al

⁴¹ Cfr. Corte di Giustizia 14 luglio 2005, C-386/03, *Commissione c. Repubblica federale di Germania*; Corte di Giustizia 9 dicembre 2004, C-460/02, *Commissione c. Repubblica italiana*.

⁴² V. Corte di Giustizia 14 marzo 2013, C-240/12, *EBS Le Relais Nord-Pas-de-Calais*.

⁴³ Così Cons. Stato, sez. III, 29 novembre 2021 n. 7922 secondo cui l'esigenza di compatibilità ~~don~~ **con** l'organizzazione di impresa scelta dall'imprenditore subentrante è anche volta a realizzare economie di costi da valorizzare a fini competitivi nella procedura di affidamento dell'appalto; v. anche Cons. Stato, sez. V, 18 ottobre 2021 n. 6957; Cons. Stato, sez. V, 21 luglio 2021 n. 5483; Cons. Stato, sez. V, 4 maggio 2020 n. 2796; Cons. Stato, sez. VI, 24 luglio 2019 n. 5243; Cons. Stato, sez. III, 6 giugno 2018 n. 3471; Cons. Stato, sez. III, 9 dicembre 2015 n. 5598; Cons. Stato, sez. IV, 2 dicembre 2013 n. 5725; in termini diversi v. Cons. Stato, sez. V, 7 febbraio 2020 n. 973 che ritiene legittima la disposizione della *lex specialis* contenente una clausola sociale che obbliga il concorrente ad assumere tutti i dipendenti della precedente gestione.

lavoratore, non essendo vincolato a riproporre le condizioni già in essere presso il precedente appaltatore, essendo “unicamente” tenuto a salvaguardare i livelli retributivi dei lavoratori riassorbiti in modo adeguato e congruo⁴⁴. Con tutta evidenza l'appaltatore subentrante fruisce di un significativo spazio di discrezionalità, rientrando nella sua valutazione l'individuazione dei profili di compatibilità e che ha portato taluni in dottrina a ritenere che il concetto di compatibilità con la struttura organizzativa dell'impresa possa assumere i connotati di una condizione meramente potestativa⁴⁵. Pare altresì da privilegiare la soluzione per cui il concorrente nella propria offerta deve accettare il rispetto delle clausole contestualmente alla sottoscrizione dell'offerta tecnica, spostandosi nella fase esecutiva tutte le problematiche connesse ad un eventuale inadempimento dell'obbligo assunto⁴⁶. Sotto questo profilo la successione nell'appalto può essere vista e considerata anche quale opportunità per le imprese di effettuare operazioni di razionalizzazione.

La giurisprudenza interna ha anche censurato pratiche volte ad aggirare di fatto il divieto dell'imposizione di un riassorbimento esclusivo. Si è esplicitato che tale vincolo non può essere eluso da previsioni *ad hoc* del bando volte a garantire in concreto la riassunzione di tutti i lavoratori già impiegati nell'appalto. Si è così ritenuto illegittimo il bando che, pur prevedendo la riassunzione del 50% dei lavoratori precedentemente impiegati, disponesse nel contempo l'assegnazione di un punteggio pari alla metà di quello attribuibile, al concorrente che si impegnasse a riassorbire il restante 50% di personale⁴⁷.

In definitiva anche con riferimento a tali clausole, in continuità con quanto già evidenziato per quelle di equo trattamento, si deve condividere l'osservazione di chi dal confronto tra la giurisprudenza nazionale e quella europea ha ravvisato l'emersione di due diverse dimensioni del bilanciamento della libertà economica con le esigenze sociali perseguite. Nella giurisprudenza interna la libertà d'impresa è vista nella sua dimensione statica di organizzazione dei fattori produttivi, mentre quella europea considera anche la dimensione dinamica quale libertà di accedere al mercato, ovvero l'assetto

⁴⁴ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 2 novembre 2020 n. 6761; Cons. Stato, sez. V, 12 settembre 2019 n. 6148.

⁴⁵ Così D. CAPOTORTO, *Clausole sociali e moral hazard: la regolazione che punisce il virtuoso e premia l'opportunista*, in *Giorn. dir. amm.*, 2021, p. 51.

⁴⁶ V. Cons. Stato, comm. spec., 21 novembre 2018 n. 2703 secondo cui l'offerta deve contenere un piano di compatibilità per illustrare le modalità di applicazione della clausola sociale.

⁴⁷ Così Cons. Stato, sez. VI, 24 luglio 2019 n. 5243.

concorrenziale del mercato⁴⁸. Una differenza di prospettiva che, tuttavia, negli ultimi anni si è in parte ridimensionata in ragione della maggiore attenzione ai profili sociali, ferma l'esigenza di una valutazione concreta delle singole situazioni. In questa logica la vera questione è di garantire l'effettività degli impegni assunti dagli appaltatori. Il che apre all'individuazione di quali misure ~~possano~~ possano essere adottate. Sul piano individuale la questione è se le pretese del lavoratore possano trovare soddisfazione tramite l'adozione di una sentenza costitutiva del rapporto di lavoro in capo all'appaltatore. A questa si affianca la diversa problematica se nel caso di inadempimento degli obblighi di riassunzione da parte dell'aggiudicatario si possa addivenire ad una pronuncia di risoluzione del contratto ai sensi dell'art. 108, comma 3, del codice degli appalti per grave inadempimento degli obblighi contrattuali.

6. *Le specificità del subappalto*

Una propria specificità assume l'istituto del subappalto in relazione al quale, ancora una volta, l'ordinamento interno e quello europeo hanno espresso per lungo tempo visioni diverse, per trovare infine una sintesi con le ultime modifiche introdotte dal legislatore nazionale, a coronamento di una serie di precedenti interventi di progressivo avvicinamento ai principi espressi dalla Corte di Giustizia.

La Direttiva 2014/24 disciplina il subappalto all'art. 71 ponendo la regola generale secondo cui l'osservanza da parte dei subappaltatori degli obblighi in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro (indicati all'art. 18, § 2 della medesima Direttiva) “è garantita mediante azioni adeguate delle autorità nazionali competenti che agiscono nell'ambito delle rispettive responsabilità e competenze”. E si aggiunge, tra gli altri principi, che nei documenti di gara l'amministrazione aggiudicatrice “può chiedere o può essere obbligata da uno Stato membro a chiedere all'offerente di indicare, nella sua offerta, le eventuali parti dell'appalto che intende subappaltare a terzi, nonché i subappaltatori proposti”, nonché a verificare se sussistono motivi di esclusione dei subappaltatori a norma dell'art. 57 della Direttiva in particolare con riferimento alla partecipazione a un'organizzazione criminale, alla corruzione o alla frode.

Il codice dei contratti ha attuato quanto previsto dalla Direttiva all'art. 105, definendo il subappalto come “il contratto con il quale l'appaltatore affida a

⁴⁸ G. ORLANDINI, *Clausole sociali (dir. lav. interno)*, cit., § 3.4.

terzi l'esecuzione di parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto", precisando che "costituisce, comunque, subappalto qualsiasi contratto avente ad oggetto attività ovunque espletate che richiedono l'impiego di manodopera, quali le forniture con posa in opera e i noli a caldo, se singolarmente di importo superiore al 2 per cento dell'importo delle prestazioni affidate o di importo superiore a 100.000 euro e qualora l'incidenza del costo della manodopera e del personale sia superiore al 50 per cento dell'importo del contratto da affidare".

Due sono le questioni di rilievo che ha posto la norma e che devono essere partitamente considerate. La prima attiene alla quantità dei lavori appaltabili; la seconda al trattamento economico e normativo e, dunque, alla disciplina del rapporto di lavoro, applicabile ai dipendenti del subappaltatore.

In merito al primo aspetto, l'originaria formulazione della norma aveva previsto che l'eventuale subappalto non potesse superare la quota del 30 per cento dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture. Tale disposizione è stata censurata dalla Corte di Giustizia sul presupposto che sono contrarie alla normativa comunitaria le previsioni, come quella in esame, che limitano in via generale ed astratta ad una percentuale massima dell'importo complessivo del contratto i lavori subappaltabili⁴⁹. Secondo la Corte il subappalto può favorire l'accesso delle medie e piccole imprese agli appalti pubblici in una prospettiva funzionale ad ampliare la concorrenza. Al contrario, la previsione di un limite generale del 30 per cento per il subappalto costituisce un ostacolo all'esercizio della libertà di stabilimento e della libera prestazione di servizi in quanto risulta fissato un vincolo in maniera astratta in una determinata percentuale "a prescindere dalla possibilità di verificare le capacità di eventuali subappaltatori e senza menzione alcuna del carattere essenziale degli incarichi di cui trattasi"⁵⁰. In tale logica la Corte ha ritenuto che la lotta alla criminalità organizzata, posta dallo Stato italiano a difesa della restrizione, non possa giustificare una così radicale limitazione del subappalto che appare sproporzionata. Il giudice europeo nell'affermare che il contrasto al fenomeno dell'infiltrazione della criminalità organizzata nel settore degli appalti pubblici costituisce un legittimo obiettivo che può giustificare una

⁴⁹ V. Corte di Giustizia 26 settembre 2019, C-63/18, *Vitali S.p.a. c. Autostrade per l'Italia S.p.A.*; negli stessi termini anche Corte di Giustizia 27 novembre 2019, C-402/18, *Tedeschi S.r.l e Consorzio Stabile Istant Service contro C.M. Service S.r.l e Università degli Studi di Roma La Sapienza*.

⁵⁰ V. anche Corte di Giustizia 5 aprile 2017, C-298/15, *Borta*; Corte di Giustizia 14 luglio 2016, C-406/14, *Wroclaw*.

restrizione alle regole fondamentali e ai principi generali del TFUE, ha nel contempo ritenuto che, pur supponendo che una restrizione quantitativa al ricorso al subappalto possa esser considerata idonea a contrastare tale fenomeno, una limitazione percentuale come quella fissata dallo Stato italiano eccede quanto necessario al raggiungimento di tale obiettivo. Né – aggiunge la Corte – in senso contrario può assumere rilievo l’asserita inefficacia delle verifiche che l’amministrazione aggiudicataria deve effettuare in quanto tale circostanza “nulla toglie al carattere restrittivo della misura nazionale di cui al procedimento principale”. In sostanza nel ragionamento della Corte si tratta di due profili che si pongono su piani diversi, per cui l’inefficacia dei controlli non può costituire giustificazione della restrizione percentuale.

Con tutta evidenza la Corte nell’affermare l’illegittimità del limite percentuale del 30% non ha aperto ad una indistinta liberalizzazione del subappalto, ma ha espresso l’esigenza di prevedere che eventuali limiti siano rispettosi dei principi di proporzionalità e di ragionevolezza, con una misura che si configuri come selettiva e non risulti rivolta in maniera indiscriminata nei confronti degli operatori del mercato. In altri termini, ha ritenuto che la normativa italiana violasse il diritto dell’Unione in quanto limitativa in via generalizzata del ricorso al subappalto e non nei soli casi in cui una restrizione risulti oggettivamente giustificata.

Il che ha portato dapprima il legislatore italiano ad innalzare la percentuale, prima al 40% fino al 31 dicembre 2020 e poi al 50% fino al 31 ottobre 2021, e poi ad eliminare ogni limite percentuale con l’introduzione, però, di una serie di limiti di carattere qualitativo. Si è così previsto l’obbligo per le stazioni appaltanti di 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” al fine 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, a meno che i subappaltatori siano iscritti nell’elenco dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori di cui al comma 52 dell’articolo 1 della legge 6 novembre 2012, n. 190, ovvero nell’anagrafe antimafia degli esecutori istituita dall’articolo 30 del decreto-legge 17 ottobre 2016, n. 189, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 dicembre 2016, n. 229”. Pertanto le stazioni appaltanti devono indicare nei documenti di gara le prestazioni non subappaltabili, da

eeguire a cura dell'aggiudicatario, con l'implicito onere di essere in grado di motivare tale scelta limitativa⁵¹.

La seconda questione attiene al trattamento da riconoscere ai dipendenti del subappaltatore. Il comma 14 dell'art. 105, come modificato dal d.l. n. 77/2021, prevede 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, 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". La norma ha una doppia anima: esprime, da un lato, la finalità di tutelare i lavoratori impiegati nel subappalto e, dall'altro lato, quella di farsi carico delle esigenze delle imprese stabilendo che le tutele non si applichino a qualsiasi subappalto, ma solo qualora le attività subappaltate abbiano certe caratteristiche. Ne consegue una duplice questione, ovvero in quali casi la norma trovi applicazione e quali tutele spettino ai lavoratori.

In merito è intervenuto anche l'Ispettorato Nazionale dei Lavoro con nota del 6 ottobre 2021⁵² che ha affrontato, con soluzioni del tutto condivisibili, entrambe le problematiche.

Ha così evidenziato che le attività oggetto di subappalto devono essere ricomprese nell'oggetto principale dell'appalto, secondo quanto previsto nel capitolato, e non essere, quindi, marginali o meramente accessorie rispetto all'opera o al servizio complessivamente appaltato, oppure far parte della categoria prevalente ossia, come previsto dall'art. 3, comma 1, lett. *oo-bis*) del codice degli appalti, alla "categoria di lavori, generale o specializzata, di importo più elevato fra le categorie costituenti l'intervento e indicate nei documenti di gara". In questo ultimo caso, tuttavia, le lavorazioni devono essere incluse nell'oggetto sociale del contraente principale. Ne deriva, con tutta evidenza, il rilievo dell'individuazione dell'oggetto dell'appalto nel capitolato, con difficoltà applicative nel caso di diversificazione degli oggetti di appalto all'interno dei capitolati di gara.

Ha inoltre specificato che qualora sussistano le condizioni sopra evidenziate ai lavoratori deve essere riconosciuto un trattamento economico e normativo non inferiore a quello che avrebbe applicato l'appaltatore/su-

⁵¹ In questo senso v. anche nota di chiarimento Anac del 15 ottobre 2021.

⁵² Si tratta della nota dell'INL n. 1507.

bappaltante al proprio personale dipendente in ragione del contratto nazionale dal medesimo applicato. Un obbligo, aggiunge l'Ispettorato, da leggere in connessione con quanto previsto dal già analizzato comma 4 dell'art. 30 del codice dei contratti in tema di principi per l'aggiudicazione e l'esecuzione di appalti e concessioni. Peraltro, la norma nel riferirsi al riconoscimento di un trattamento non inferiore non postula l'applicazione integrale del contratto collettivo applicato dall'aggiudicatario principale, ma implica una valutazione complessiva.

7. Successione negli appalti e trasferimento d'azienda

Una questione particolare che deve essere sinteticamente affrontata attiene al rapporto tra successione in un appalto e applicazione della disciplina del trasferimento d'azienda⁵³. Come è noto per lungo tempo nell'ordinamento interno si è ritenuto che nel caso di subentro in un appalto mancassero due requisiti fondamentali propri di un trasferimento d'azienda, ovvero l'assenza di un rapporto contrattuale diretto tra appaltatore uscente ed appaltatore entrante, sì da non potersi ravvisare giuridicamente alcun trasferimento, nonché l'essere i soli lavoratori, e non l'azienda, gli unici elementi coinvolti nel passaggio. In senso in parte diverso la disciplina vigente opera un riferimento in negativo alle clausole di riassunzione per escludere che il passaggio dei lavoratori alle dipendenze dell'appaltatore subentrante comporti l'applicazione della disciplina del trasferimento d'azienda ai sensi dell'art. 2112 c.c. nel caso in cui "siano presenti elementi di discontinuità che determinano una specifica identità d'impresa" (art. 29, comma 3, d.lgs. n. 276/2003)⁵⁴.

⁵³ In merito, da ultimo, senza pretesa di esaustività v. G. ZAMPINI, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento d'azienda*, Franco Angeli, Milano, 2020, p. 117 ss.; E. GRAGNOLI, *Ancora su contratti di appalto di servizi e trasferimento d'azienda*, in M. TREMOLADA, A. TOPO (a cura di), *Le tutele del lavoro nelle trasformazioni dell'impresa. Liber amicorum Carlo Cester*, Cacucci, Bari, 2019, p. 139 ss., sp. p. 150 ss.; A. SITZIA, *Tutela dei lavoratori e successione negli appalti*, *ivi*, sp. p. 260 ss.; I. ALVINO, *La nozione di trasferimento d'azienda alla prova del fenomeno dei cambi appalto: un cantiere ancora aperto*, in *Dir. rel. ind.*, 2018, 556 ss.; R. COSIO, *Cambi di appalto, licenziamenti, trasferimenti di azienda e clausole sociali*, in *Lavoro Diritti Europa*, 2018, n. 2; 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, p. 1044 ss.

⁵⁴ Come rileva G. ZAMPINI, *Le "clausole sociali di seconda generazione" tra diritto interno ed ordinamento eurounitario*, in *Lav. giur.*, 2021, p. 5 la disciplina in negativo si

La formulazione attuale della norma è il frutto di successivi interventi per adeguare l'ordinamento interno ai principi di matrice europea secondo cui la disciplina in materia di trasferimento d'azienda si applica anche nel caso di mutamento di titolarità nell'appalto qualora il nuovo appaltatore prosegua l'attività riassumendo "una parte essenziale, in termini di numero e di competenza, del personale specificamente destinato dal predecessore" a tale attività⁵⁵. Pertanto, si ha trasferimento d'azienda, indipendentemente da un legame contrattuale diretto tra cedente e cessionario, se l'azienda intesa come entità economica organizzata mantiene la propria identità a seguito di una vicenda traslativa. E si ritiene che l'entità economica organizzata possa essere costituita anche da un complesso di persone ed elementi che consentono l'esercizio di una attività economica finalizzata al perseguimento di un dato obiettivo. Ne deriva che l'assorbimento da parte del subentrante di ampia parte del personale del gestore uscente possa essere ricondotta nella fattispecie del trasferimento d'azienda, sì da obbligare il nuovo appaltatore ad assorbire tutto il personale e a garantire la prosecuzione dei rapporti di lavoro senza soluzione di continuità, oltre ai vincoli di responsabilità solidale per i crediti dei dipendenti esistenti al momento del trasferimento⁵⁶.

concretizza anche nell'esclusione dell'applicazione della normativa in materia di licenziamento collettivo di cui all'art. 24 della legge n. 223/1991 (art. 7, comma 4-bis, d.l. n. 248/2007, convertito in legge n. 311/2008), della procedura di conciliazione preventiva prevista in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo (art. 7, comma 6, legge n. 604/1966), nonché l'esonero del datore di lavoro uscente dall'obbligo di versare i contributi previdenziali parametrati alla c.d. Nاسpi (art. 2, comma 34, legge n. 92/2012). La rilevanza del cambio di appalto è limitata all'anzianità di servizio maturata presso l'appaltatore uscente che deve essere ricompresa nel computo delle indennità risarcitorie da riconoscere in conseguenza di un licenziamento illegittimo nel regime del c.d. contratto a tutele crescenti.

⁵⁵ Corte di Giustizia 11 marzo 1997, C-13/95, *Suzen*; v. anche Corte di Giustizia 6 novembre 2011, C-108/10, *Scattolon* secondo cui in relazione ad attività c.d. *labour intensive* il passaggio di un complesso strutturato di dipendenti può configurare un trasferimento d'azienda; e secondo Corte di Giustizia 24 gennaio 2002, C-51/00, *Temco*, questo anche nel caso in cui la riassunzione dei lavoratori sia imposta da un contratto collettivo.

⁵⁶ V. D. CAPOTORTO, *Clausole sociali e moral hazard: la regolazione che punisce il virtuoso e premia l'opportunist*, cit. in *Giorn. dir. amm.*, 2021, p. 54. Analogamente F. PANTANO, *Le clausole sociali nell'ordinamento giuridico italiano. Concorrenza e tutela del lavoro negli appalti*, cit., p. 142 secondo cui nelle attività c.d. *labour intensive* il trasferimento di tutti o parte significativa di lavoratori può costituire una delle circostanze di fatto che indicano al giudice la sussistenza della fattispecie astratta del trasferimento d'azienda; mentre, al contrario, la conservazione dell'occupazione rappresenta un effetto delle clausole sociali che si realizza con il mero trasferimento della titolarità dell'appalto.

In definitiva affinché non sussista un trasferimento d'azienda devono esserci due elementi: uno di carattere soggettivo concernente le qualità soggettive del subentrante, che deve essere dotato di una propria struttura organizzativa ed operativa; uno di carattere oggettivo costituito dalla oggettiva discontinuità imprenditoriale espressa da una specifica identità d'impresa e, dunque, non solo dall'esistenza di una propria organizzazione, ma anche dalla presenza di mezzi, organizzazione e attività di direzione da cui emerge l'assenza di continuità⁵⁷.

Ne consegue che gli elementi di discontinuità paiono sussistere nel caso di modifica dell'organigramma e soprattutto di individuazione di nuove figure da parte dell'appaltatore subentrante che siano sua diretta emanazione con funzioni di direzione e controllo, nonché nel caso di mutamento delle modalità di erogazione del servizio. Diversamente si può ritenere che la continuità sussista nel caso di una mera riduzione quantitativa dell'attività oggetto del contratto ed ancora nel caso di attività che continua ad essere svolta nei medesimi locali, avvalendosi della maggior parte delle attrezzature in precedenza utilizzate e con acquisizione di una quota essenziale del personale sia per competenze che per quantità. Resta in ogni caso necessario operare volta per volta ~~operare~~ una valutazione concreta delle specifiche circostanze di fatto, data la difficoltà di predeterminare in linea generale i limiti entro cui sia possibile ritenere intatta la continuità dell'entità economica ceduta⁵⁸.

La questione posta nella sua complessità di applicazione concreta è tuttavia emblematica dell'esigenza di coniugare la tutela dei c.d. *insiders*, ovvero coloro che sono già occupati nell'appalto, con quella dei c.d. *outsiders*, disoccupati ed inoccupati, che rischiano di non poter aver una effettiva prospettiva occupazionale nel caso di mutamento nella titolarità dell'appalto. Nondimeno vi è anche un altro profilo rispetto alla quale occorre coniugare i principi normativi con la realtà fattuale. Il riferimento è all'ipotesi in cui il dipendente dell'appaltatore svolga (e possa svolgere) la propria attività su più cantieri, da cui derivano evidenti problematiche connesse alla regolamentazione

⁵⁷ In giurisprudenza v., da ultimo, tra le altre Cass. 31 gennaio 2020 n. 2315.

⁵⁸ In giurisprudenza, da ultimo, v. Trib. Milano 16 marzo 2021, in *Riv. it. dir. lav.*, 2021, II, p. 456 ss. con nota di M. GIACONI, *Ancora sul dilemma: è trasferimento d'azienda o mero avvicendamento tra appaltatori*, ove si afferma che il passaggio di personale in sede di avvicendamento tra appaltatori realizza sempre un trasferimento d'azienda, a meno che il preteso cessionario non adempia all'onere di dimostrare la discontinuità e la titolarità di una struttura organizzativa.

dell'attività solo per specifiche parti e con riferimento ad una pluralità di datori di lavoro.

7. *Riflessioni conclusive*

Giunto al termine della disamina di quelle che appaiono essere le questioni di maggior rilievo occorre operare una riflessione di sintesi anche in una prospettiva di politica del diritto. In particolare si deve rispondere al quesito posto in premessa, ovvero se l'utilizzo del sistema degli appalti incrementi l'efficienza dell'azione della pubblica amministrazione, assicuri una maggiore flessibilità operativa e, infine, garantisca una riduzione dei costi nello svolgimento dell'attività. Mi pare che la certezza dei più per cui gli appalti riducono i costi ed incrementano l'efficienza dell'azione debba essere messa in discussione o, quantomeno, ripensata criticamente. Senza dubbio i temi degli appalti, delle esternalizzazioni e della responsabilità dell'azione sono tra lo strettamente connessi. Con le esternalizzazioni e gli appalti la gestione viene affidata ad altri rispetto ai dirigenti dell'amministrazione; altri i quali si assumono l'obbligo di svolgere in autonomia l'attività oggetto del contratto e di gestire il personale ivi impiegato, rispondendo in caso di inadempimento degli obblighi assunti, anche sotto il profilo del mancato raggiungimento degli obiettivi. Senonché se questo a valle può essere considerato il giovamento, a monte sussistono tutte le problematiche connesse alla programmazione e all'aggiudicazione degli appalti (e alle decisioni di esternalizzare certi servizi), nonché quelle relative al controllo dei risultati dell'attività appaltata; questioni che sono ben più ampie di quelle qui affrontate con riguardo al personale. Si tratta di fasi molto delicate e molto attenzionate anche in sede giurisdizionale con costi diretti ed indiretti (quantomeno in termini di spendita di tempo e di risorse) che riducono in ampia parte i vantaggi di natura strettamente economica del costo del servizio in sé considerato. Vi è poi una seconda domanda, in parte retorica, ovvero se effettivamente il servizio appaltato sia anche più efficiente di un servizio direttamente svolto dall'ente. Ed anche in questo caso la risposta non mi sembra sempre rassicurante o, quantomeno, univoca. Vi sono poi tutte le questioni poc'anzi affrontate circa la tutela delle condizioni normative ed economiche del personale, con una purtroppo estesa discrasia tra le garanzie "formali" previste dal legislatore e le effettive condizioni di lavoro.

Ciò mi porta a chiedere se non siano maturi i tempi per pensare di poter intraprendere un percorso inverso rivolto ad una reinternalizzazione di molti

servizi. Un'operazione che, però, deve basarsi su di un patto nuovo, condiviso da tutti, amministrazioni, lavoratori e anche (e forse soprattutto) organizzazioni sindacali. Se si reinternalizza con le regole oggi vigenti senza dubbio i profili di rigidità sono destinati a prevalere, primo fra tutti quello relativo all'esigibilità delle mansioni, con le inevitabili ricadute sulla flessibilità gestionale/organizzativa. Allora la domanda è se non si possa pensare ad un'applicazione del personale a più servizi con la possibilità di svolgimento di diverse mansioni, di natura tecnica, ma non solo, secondo un sistema di fungibilità e con riconoscimento sul piano economico di specifiche indennità parametriche non solo alla peculiarità dei compiti via via svolti, ma anche quale corrispettivo della predetta fungibilità. Con tutta evidenza ciò impone sia un ripensamento del sistema di inquadramento, sia uno sviluppo significativo delle politiche formative per garantire che il personale sia in grado di svolgere in maniera proficua e sicura le mansioni di volta in volta assegnate. Tutto ciò non può essere disgiunto da interventi volti all'accrescimento di una cultura manageriale per far sì che dirigenti e responsabili delle strutture siano in grado di cogliere e perseguire un nuovo modello fondato su di un patto di fiducia tra tutti i soggetti. Con tutta evidenza quanto proposto non ~~comporterà~~ realizzerà una riduzione di costi in capo alle amministrazioni; ma non comporterà neppure un necessario incremento. Ma potrà sicuramente portare un beneficio alle condizioni di lavoro. È ovvia e banale l'osservazione per cui tutti gli imprenditori impegnati in un appalto hanno l'obiettivo naturale del profitto; ed in questa prospettiva è dura realtà il cercare margini di guadagno nella riduzione del costo del lavoro attesa l'evidente proporzione inversa tra le due "voci".

Vi sono tutte le condizioni per un ripensamento dell'esistente, occorre la volontà di accettare la sfida con lo sguardo rivolto non alla contingenza del presente, ma alle prospettive di sviluppo del futuro, consapevoli delle difficoltà proprie di ogni nuovo percorso.

