

03 / 2023

# DIRITTI & LAVORO

## FLASH

idee e strumenti per il sindacato



# ABILI E ARRUOLATI

*Il Decreto Lavoro cancella il reddito di cittadinanza  
e ingrossa le fila dell'esercito di riserva.  
La lotta al lavoro povero può attendere*

Le altre novità del Decreto Lavoro  
su contratto a termine,  
lavoro occasionale, obblighi di  
informazione e cassa integrazione

Le clausole sociali  
nel nuovo codice  
dei contratti pubblici

03

**Aprile - Maggio 2023**

04

**Dal Reddito di Cittadinanza all'Assegno di Inclusion: il contrasto alla povertà secondo il Governo Meloni**

*di Giovanni Calvellini*

08

**Gli "andirivieni" legislativi in materia di obblighi informativi sul datore: quando il legislatore torna sui suoi passi**

*di Francesca Maffei*

10

**Il Decreto lavoro su contratto a termine e lavoro occasionale: un "mix" di vecchie ricette, a tutto vantaggio della precarietà**

*di Andrea Ranfagni*

14

**Clausole sociali e contrasto al dumping contrattuale: le ambivalenti novità del nuovo codice dei contratti pubblici**

*di Giovanni Orlandini*

# DIRITTI & LAVORO

idee e strumenti per il sindacato

# FLASH

A cura di

**Centro Studi**  
***"Diritti & Lavoro"***

Direttore Scientifico

**Prof. Giovanni Orlandini**

Comitato di Redazione

**Andrea Danilo Conte** (PRESIDENTE)  
**Francesca Bassetti**  
**Giovanni Calvellini**  
**Giulia Frosecchi**  
**Mariagrazia Lombardi**  
**Ivan Petrone**  
**Andrea Ranfagni**  
**Marco Tufo**

Progetto grafico

**Dario D'Ovidio**

Contatti

**Centro Studi**  
**Diritti & Lavoro**

Piazza dei Rossi, 1  
50125 - Firenze

web: [dirittilavoro.it](http://dirittilavoro.it)

email: [dirittilavoro@gmail.com](mailto:dirittilavoro@gmail.com)

Questo periodico è iscritto al  
Reg. Trib. n° 5725 del 07/05/2009

#### **Crediti fotografici**

Per le immagini senza crediti  
l'editore ha ricercato con ogni  
mezzo i titolari dei diritti fotografici  
senza riuscire a reperirli.  
È ovviamente a completa  
disposizione per l'assolvimento di  
quanto occorre nei loro confronti.

# Clausole sociali e contrasto al dumping contrattuale: le ambivalenti novità del nuovo codice dei contratti pubblici

di  
Giovanni  
Orlandini

Il varo del nuovo codice dei contratti pubblici (d.lgs. 36 del 31 marzo 2023) ha sollevato aspre critiche dal fronte sindacale, in ragione dell'innalzamento della soglia prevista per l'affidamento diretto (o meglio, la generalizzazione delle soglie già previste per il PNRR) e, soprattutto, dell'apertura al subappalto "a cascata" (art. 119, comma 17), sino ad oggi inammissibile. Se è vero che si tratta di novità in linea con la normativa dell'UE di cui la disciplina nazionale costituisce attuazione (ed in relazione al subappalto, espressamente pretese dalla Commissione europea), resta il fatto che il nuovo quadro normativo amplifica inevitabilmente i rischi di elusione degli obblighi sociali e ambientali da parte delle imprese coinvolte nell'esecuzione dell'appalto.

Per controbilanciare simili effetti diventa quindi essenziale prendere sul serio le altre novità in materia di lavoro che caratterizzano il nuovo codice, orientate a dotare le stazioni appaltanti di strumenti più efficaci per contrastare il dumping contrattuale tra le imprese partecipanti a gara pubblica e per garantire la continuità dell'occupazione ai lavoratori loro dipendenti. Si tratta di obblighi gravanti su qualsiasi impresa aggiudicataria di un appalto pubblico, a prescindere dal fatto che si tratti di appalti sopra o sotto "soglia". Va da sé, però, che quanto più sono opachi i criteri di selezione e quanto più è lunga la catena di subappalto, tanto più complicato diventa vigilare sull'effettivo adempimento di tali obblighi.

Nel nuovo codice dei contratti, in vero, le norme relative alle c.d. clausole sociali trovano una declinazione perfino più decisa rispetto alle omologhe disposizioni del previgente testo; ciò soprattutto in relazione agli obblighi di rispettare la contrattazione c.d. leader.

Il nuovo art. 11 non si limita infatti a confermare, al comma 1, quanto già previsto dal previgente art. 30, comma 4, d.lgs. 50/16, ovvero che ai lavoratori impiegati nell'appalto debba essere applicato il contratto collettivo nazionale e (eventualmente) territoriale firmato dalle organizzazioni comparativamente più rappresentative sul piano nazionale ed "il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente". Tale obbligo (ripetuto nel successivo art. 57, relativo alle clausole sociali a tutela dell'occupazione) è adesso ulteriormente precisato, nel successivo comma 2, prevedendo che alle stazioni appaltanti spetti indicare nei bandi e negli inviti "il contratto collettivo applicabile al personale dipendente impiegato nell'appalto o nella concessione, in conformità al comma 1". Resta la possibilità, per le imprese partecipanti alla gara, di indicare un diverso contratto da esse applicato, "purché garantisca ai dipendenti le stesse tutele di quello indicato" nel bando (comma 3). In tal caso, prima dell'affidamento o dell'aggiudicazione, viene acquisita dalla stazione appaltante una "dichiarazione di equivalenza delle tutele", che sostituisce quella con cui l'impresa si impegna ad applicare il contrat-

to collettivo indicato nel bando. Su tale dichiarazione si esercita la verifica ai sensi dell'art. 110, norma che attiene al giudizio in merito all'anomalia dell'offerta.

Dal nuovo quadro normativo sembra dunque potersi ricavare che gli standard normativi ed economici fissati dal c.d. contratto leader, identificato "a monte" dalla stazione appaltante, costituiscano condizione di aggiudicazione dell'appalto tale per cui il loro mancato rispetto determina l'esclusione dalla gara. Se così è, la novità è di non poco conto, considerando il modo con cui la giurisprudenza amministrativa ha interpretato sino ad oggi la previgente clausola sociale contenuta nell'art.30, comma 4, d.lgs. 50/16.

A più riprese, infatti, il Consiglio di Stato ha invocato i principi costituzionali posti a presidio della libertà sindacale (delle imprese) e della libertà d'iniziativa economica, per ribadire che la clausola di equo trattamento "non attribuisce all'amministrazione appaltante il potere di indicare nel bando di gara il contratto collettivo applicabile ai lavoratori impiegati nell'appalto", ma impone soltanto una verifica in merito alla coerenza (l'"astratta connessione") tra l'attività oggetto dell'appalto e l'ambito di applicazione del CCNL applicato dall'azienda; con la conseguenza che il mancato rispetto del CCNL eventualmente indicato nel bando di gara, "non può essere sanzionato a priori dalla stazione appaltante con l'esclusione per inammissibilità dell'offerta" (tra le ultime, CdS 20.10.2021, n. 7053). Né tale scelta incide di per sé sulla valutazione di anomalia dell'offerta, vertente sul rispetto dei minimi salariali indicati nelle tabelle ministeriali, dal momento che soltanto un significativo scostamento da questi ultimi può giustificare l'esclusione dalla gara (così CdS 15.3.2021, n. 2198). Ad ulteriore conferma di quest'orientamento, sempre il Consiglio di Stato ha recentemente riconosciuto come ammissibile l'indicazione di uno specifico CCNL nel disciplinare di gara, qualora l'impegno a rispettarlo sia configurabile quale "condizione di esecuzione" dell'appalto e non già come "condizione di aggiudicazione" dello stesso. Vale a dire che, per i Supremi Giudici amministrativi, detto impegno può al più valere come criterio premiante, non idoneo di per sé "a scardinare l'impianto dei criteri di valutazione" (così CdS 7053/2021, nel quale è stato giudicato ammissibile l'attribuzione di 12 punti, su 70 complessivi, all'offerta contenente, appunto, l'impegno ad applicare il CCNL leader indicato nel bando).

Nonostante che, come detto, questa giurisprudenza si fondi sui principi costituzionali ricavabili dall'art. 39 e 41 Cost, lo stesso Consiglio di Stato ha però avallato la nuova disciplina nella sua relazione illustrativa alla riforma

adottata il 7 dicembre 2022, con argomenti ripresi da ultimo dall'Ispettorato Nazionale del Lavoro nelle sue prime indicazioni relative al nuovo codice (nota 687 del 19 aprile). Con significativo scarto argomentativo rispetto alla giurisprudenza sopra richiamata, i Supremi giudici amministrativi riconoscono infatti oggi che l'indicazione del CCNL da applicare nel bando di gara non leda né la libertà sindacale di cui all'art. 39 Cost, né la libertà d'impresa garantita dall'art. 41 Cost., dal momento che l'art.11 non intende "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)". Con ciò sembra venir recuperato l'argomento già usato in dottrina per far salva la (assai più generica) clausola sociale prevista dall'art. 36 dello Statuto dei Lavoratori, per la quale la norma statutaria configurerebbe un "onere" e non un "obbligo" in capo alle imprese aggiudicatrici dell'appalto; un argomento rafforzato dal Consiglio di Stato con l'importante precisazione che la compressione imposta da tale "onere" alla libertà di impresa trova giustificazione nel divieto posto dall'art. 41 comma 2 Cost. ad un suo esercizio "in contrasto con l'utilità sociale".

Se i dubbi sulla legittimità costituzionale della nuova disposizione sono fugati dagli stessi giudici amministrativi, la lettera dell'art. 11 non è scevra però da incertezze interpretative, che potrebbero minare l'efficacia della clausola di equo trattamento. Non è chiaro in particolare in che modo la stazione appaltante debba condurre la valutazione in merito all'equivalenza delle tutele garantite dai contratti collettivi. Riemergono su questo piano i noti problemi che la comparazione tra diversi assetti contrattuali inevitabilmente determina. Se il giudizio di equivalenza riguarda il trattamento complessivo ricavabile dai diversi CCNL, potrebbe derivarne un'ampia discrezionalità di giudizio per la stazione appaltante e la conseguente giustificazione di significative disparità di trattamenti economici, in ipotesi compensabili con standard superiori relativi ad altri istituti contrattuali. Un simile scenario è ovviamente da scongiurare, ma è reso plausibile considerando l'incertezza determinata dal rinvio all'art. 110 del codice, per determinare le modalità di verifica sulla dichiarazione di equivalenza dell'impresa.

Come detto l'art. 110 contiene le norme che devono guidare la stazione appaltante nel giudizio in merito all'ammissibilità di offerte anomale, da escludere tra l'altro se l'anomalia deriva dal mancato rispetto dei contratti collettivi o dei minimi salariali indicati dalle tabelle ministeriali di cui all'art. 41, comma 3 (che riproduce il previgente art. 23, comma 16, d.lgs. 50/16). Il rischio allora è che il giudice amministrativo, chiamato a decidere sulla legittimità dell'esclusione di un'offerta non contenente l'impegno ad applicazione il CCNL indicato nel bando di gara, possa giustificare l'applicazione di un diverso CCNL in virtù di una valutazione flessibile del concetto di "equivalenza" di cui al nuovo art. 11, comma 3, riconfermando nei fatti il consolidato orientamento che ammette scostamenti dai minimi retributivi fissati dalle tabelle ministeriali se contenuti entro margini "ragionevoli".

Restano poi i rischi di un possibile contrasto della nuova formulazione della clausola di equo trattamento con i vincoli posti dal diritto dell'UE a presidio della concorrenza nel mercato unico, come declinati nella giurisprudenza della Corte di giustizia. I giudici europei hanno infatti giustificato gli obblighi di rispettare standard minimi salariali fissati dalla legge o da contratti collettivi dotati di efficacia erga omnes, ma, ad oggi, non quelli derivanti da contratti di diritto comune privi di tale efficacia. E' vero che gli approdi della Corte di Lussemburgo sembrano contraddetti dalla recente direttiva 2022/2041 sui salari minimi adeguati (vd Bollettino n. 7/22), che all'art. 9 impone agli Stati membri di adottare "misure adeguate a garantire che gli operatori economici e i loro subappaltatori [...] si conformino agli obblighi applicabili concernenti i salari, il diritto di organizzazione e la contrattazione collettiva sulla determinazione dei salari [...] stabiliti [...] dai contratti collettivi". Ma anche il legislatore europeo resta ambiguo, dal momento che nello stesso art. 9 rinvia al previgente quadro normativo (ovvero alle direttive su appalti e concessioni pubbliche), in relazione al quale la "direttiva non crea alcun obbligo supplementare" (così nel considerando 31).

La necessità di tener conto di vincoli di sistema "sovra-ordinamentali" (sia costituzionali che europei) può incidere anche sull'effettività degli obblighi gravanti sulle stazioni appaltanti per garantire la continuità dell'occupazione in caso di subentro nell'appalto; obblighi che sono confermati nel nuovo codice, con alcune novità orientate, di nuovo, a rafforzarne la portata.

L'art. 57, comma 1 replica infatti quanto già previsto dall'art. 50, d.lgs. 50/2016 in merito all'inserimento nei bandi e avvisi pubblici di "clausole sociali con le quali sono ri-

chieste [...] misure orientate a garantire tra l'altro la stabilità occupazionale del personale impiegato", precisando che tali "misure" vadano previste "come requisiti necessari dell'offerta" e con ciò fugando i dubbi circa il fatto che la loro mancanza comporti l'esclusione della gara.

Nella nuova formulazione, inoltre, scompare il riferimento ai "contratti ad alta intensità di manodopera" come ambito privilegiato cui la clausola sociale è destinata, sostituito dall'inciso per il quale la clausola va prevista "tenuto conto della tipologia dell'intervento, in particolare ove riguardi il settore dei beni culturali e del paesaggio"; inciso, questo, del tutto irragionevole, che si spiega solo con il collocarsi della disposizione in questione in un articolo (l'art. 57 appunto) deputato anche a far inserire nei bandi di gara criteri di sostenibilità ambientale ed energetica (comma 2). Del nuovo testo va dunque valorizzata una lettura che generalizza l'utilizzo della clausola sociale nei bandi di gara, ovvero che non ne limita più l'applicazione ai soli appalti ad alta intensità di manodopera.

Tuttavia, nonostante queste positive novità, come premesso ben poco è destinato a cambiare rispetto al quadro previgente. L'efficacia degli obblighi imposti all'impresa aggiudicataria sono infatti in questo caso condizionati dal consolidato orientamento giurisprudenziale che ne esclude un'applicazione rigida, irrispettosa degli assetti organizzativi dell'impresa stessa. Ne consegue che la clausola sociale non implica un generalizzato obbligo di riassorbimento del personale, ma trova applicazione nella "misura e nei limiti in cui sia compatibile con il fabbisogno richiesto dall'esecuzione del nuovo contratto e, altresì, con la pianificazione e l'organizzazione del lavoro elaborata dal nuovo assunto" (così l'ANAC nelle sue Linee guida del 13.2.2019, in linea con la giurisprudenza del Consiglio di Stato). Una conclusione, questa, cui si giunge, ancora una volta, in applicazione del diritto della concorrenza dell'UE e della stessa Costituzione, che evidentemente continua ad essere letta dai giudici amministrativi con un occhio più attento alla libertà d'impresa riconosciuta dall'art.41 che al diritto al lavoro sancito dall'art.4. ■