

Le clausole sociali tra “vecchio” e “nuovo” Codice dei contratti: il difficile equilibrio tra, la libertà di iniziativa economica, la garanzia di conservazione dei livelli occupazionali e la promozione della parità di genere

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. Le clausole sociali tra vecchio e nuovo Codice dei contratti pubblici. 3. La libertà di iniziativa economica si scontra con l'esigenza di protezione sociale. 4. La violazione della clausola sociale. 5. Il difficile equilibrio tra la garanzia di conservazione dei livelli occupazionali e la promozione della parità di genere. 6. Conclusioni.

DI CRISTIANA NAPOLITANO

ABSTRACT: L'articolo ha ad oggetto l'analisi dell'istituto delle clausole sociali tra vecchio e nuovo codice dei contratti pubblici. In particolare, la prima parte del contributo è dedicata ad una breve, ma esaustiva, ricostruzione dell'istituto così come previsto nel vecchio e nel nuovo codice appalti. La seconda parte è, invece, dedicata al tema dell'equilibrio tra la libertà di iniziativa economica e l'esigenza di protezione sociale. Nella terza parte, invece, viene messo a confronto l'obbligo, previsto dall'art. 57 del d.lgs. 36/2023, di garantire la stabilità occupazionale del personale impiegato ed il criterio premiale di cui all'art. 108 dello stesso decreto relativo alle politiche, adottate dalle imprese che partecipano alle gare, tese al raggiungimento della parità di genere. Nelle conclusioni si intende sottolineare l'evidente conflitto, probabilmente sottovalutato dal legislatore, che sussiste tra l'obiettivo di conservare i livelli occupazionali dell'impresa uscente e quello della promozione della parità di genere che, in concreto, implica nuove assunzioni, soprattutto a carattere femminile. Non si può, infatti, rispettare l'uno senza violare, o quanto meno comprimere, l'altro e viceversa.

ABSTRACT: *The article is concerned with the analysis of the institution of social clauses between the old and new public contracts code. In particular, the first part of the contribution is devoted to a brief, but comprehensive, reconstruction of the institute as provided in the old and new procurement code. The second part is, on the other hand, devoted to the issue of the balance between freedom of economic initiative and the need for social protection. The third part, on the other hand, compares the obligation under Art. 57 of Legislative Decree 36/2023 to ensure the employment stability of the staff employed and the bonus criterion under Art. 108 of the same decree regarding policies, adopted by companies participating in tenders, aimed at achieving gender equality. The conclusions are intended to highlight the obvious conflict, probably underestimated by the legislature, that exists between the objective of preserving the employment levels of the outgoing company and that of promoting gender equality, which, in practice, implies new hires, especially female ones. One cannot, in fact, comply with one without violating, or at least compressing, the other, and vice versa.*

1. Introduzione.

Nell'ultimo decennio si è sempre più diffusa la consapevolezza che gli appalti pubblici non rappresentano solo uno strumento per promuovere la concorrenza sui mercati, ma anche un mezzo tramite il quale è possibile sostenere obiettivi sociali comuni, uno fra tanti, la promozione dell'inclusione sociale⁽¹⁾.

Non a caso, tra i molteplici obiettivi fissati dal PNRR per la ripresa socio-economica del Paese, spiccano quelli dell'innalzamento del potenziale di crescita dell'economia e la crescita dei livelli occupazionali che rispondono ad esigenze di equità sociale, di genere e territoriale; principi che sono stati, di fatto, posti a fondamento della recente riforma dei contratti pubblici.

Ed è proprio in questo contesto che la clausola sociale si inserisce come strumento, nato originariamente per essere, in via principale, volto alla tutela dei livelli occupazionali, garantendo l'assunzione del personale già alle dipendenze dell'impresa uscente, ma le cui finalità si sono sempre di più estese verso obiettivi puramente sociali, come la garanzia delle pari opportunità generazionali e di genere, nonché di inclusione lavorativa delle persone con disabilità, negli appalti pubblici⁽²⁾.

Non a caso, la *ratio*, sottesa a tale istituto, è quella di limitare la libertà di iniziativa

1 In tal senso cfr. J. ARNOULD, *Secondary Policies in Public Procurement: the Innovations in the new Directives*, in *Public Procurement Law review*, 2004, 115 e ss.; P.M. HUBER, *Gli appalti pubblici tra meccanismo per la provvista di mezzi e strumento di direzione economica e intervento sociale*, in E. FERRARI (a cura di), *I contratti della pubblica amministrazione in Europa*, Torino, Giappichelli, p. 115 e ss.; C. MC CRUDDEN, *Using Public Procurement to Achieve Social Outcomes*, in *Natural Resources Forum*, n. 4, p. 257 e ss.

2 Storicamente le clausole sociali nascono, in realtà, come strumenti di tutela per le posizioni patrimoniali dei lavoratori, prevedendo la possibilità per le P.A. di remunerare direttamente questi ultimi nel caso in cui l'appaltatore fosse venuto meno ai propri obblighi fondamentali. Solo successivamente si è affermata la distinzione tra clausole sociali di "prima generazione", che determinano standard di tutela, salariale e normativa, inderogabili e quelle "di seconda generazione", indirizzate alla conservazione dell'occupazione, soprattutto nei passaggi di appalto. Sul tema delle clausole sociali, Cfr., F. CARNELUTTI, *Sul contratto di lavoro relativo ai pubblici servizi assunti da imprese private*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1909, I, p. 416 ss.; D. NAPOLETANO, *Appalto di opere pubbliche a tutela dei diritti del lavoratore*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1953, p. 250 e ss.; M.T. CARINCI, *Gli appalti nel settore privato e transfrontaliero d'azienda ed il trattamento dei lavoratori impiegati negli appalti*, in L. MONTUSCHI (a cura di), *Un diritto in evoluzione. Studi in onore di Yasuo Suwa*, Milano, 2007, p. 320 e ss.; F. PANTANO, *Clausole sociali di seconda generazione e appalti pubblici: concorrenza interesse pubblico e conservazione dell'occupazione nella giurisprudenza amministrativa*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, n. 4/2021, Giappichelli; F. PANTANO, *Le clausole sociali nell'ordinamento giuridico italiano. Concorrenza e tutela del lavoro negli appalti*, Pisa, 2020; M. COZZIO, *Prospettive per la tutela dei lavoratori negli appalti pubblici: la clausola sociale forte in discussione nella provincia autonoma di Trento*, in *Riv. trim. app.*, 2019, 1455; G. MARCHI, *Appalti pubblici e clausole sociali di stabilità occupazionale*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2019, 136; M. GIACONI, *La clausola di stabilità occupazionale prevista dall'art. 50 del D.Lgs. n. 50/2016*, in *Riv. giur. lav.*, 2018, 605; I. INGLESE, *Le clausole sociali nelle procedure di affidamento degli appalti alla luce delle novità normative*, in *Dir. relaz. ind.*, 2018, 571; M. FORLIVESI, *Sulle clausole sociali di equo trattamento nel nuovo codice degli appalti pubblici*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2017, 686; L. RAFFI, *Le clausole di seconda generazione: inventario di questioni*, in *Riv. giur. lav.*, 2017, 469; S. VARVA, *Le clausole sociali*, in *Tutela e sicurezza del lavoro negli appalti privati e pubblici. Inquadramento giuridico ed effettività*, a cura di M.T. CARINCI, C. CESTER, M. MATTAROLO, F. SCARPELLI, Torino, 2011, 321; S. COSTANTINI, *La finalizzazione sociale degli appalti pubblici. Le "clausole sociali" fra tutela del lavoro e tutela della concorrenza*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, II, 2014, 196; per una comparazione tra la disciplina italiana e la normativa francese cfr. G. BARBERIS, *La tutela del lavoro e le clausole sociali in Francia*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2017, 1351. Per un'analisi delle distorsioni prodotte dalla ("cattiva") regolazione in tema di clausole sociali di stabilità occupazionale v. D. CAPOTORTO, *Clausole sociali e moral hazard: la regolazione che punisce il virtuoso e premia l'opportunista*, in *Giorn. dir. amm.*, 2021, 47.

In giurisprudenza Cfr., Corte Giust. 18 settembre 2014, C-549/13, Bundesdruckerei GmbH, pr. 30, pr. 18, in *www.dirittoegustizia.it*; Corte Giust. 17 novembre 2015, C-115/14, RegioPost, pr. 6, in *RGL*, 2016, II, 135, con nota di BRINO; Corte Giust. 12 febbraio 2015, C-396/13, Ammatillito, pr. 45, in *RGL*, 2015, II, 221, con nota di GIUBBONI; Corte Giust. 3 aprile 2008, C-346/06, Riffert, in *ADL*, 2008, 256 ss.; Corte Giust. 14 marzo 2013, C-240/12, EBS Le Relais Nord-pas-de-Calais, pr. 50, in *www.curia.europa.eu*; Corte Giust. 14 luglio 2005, C-386/03, Commissione c. Germania, pr. 27 ss., in *RGL*, 2006, II, 21 ss., con nota di PALLINI; Corte Giust. 9 dicembre 2004, C-460/02, Commissione c. Italia, pr. 34, in *RIDL*, 2005, II, 271, con nota di MUTARELLI.

economica a favore di interessi socialmente rilevanti³).

Ciò premesso, una prima osservazione che può essere fatta in merito all'odierno istituto delle clausole sociali è che, nel passaggio dal “vecchio” Codice dei contratti pubblici (approvato con decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50) al “nuovo” Codice (approvato con decreto legislativo 31 marzo 2023 n. 36), la definizione normativa delle clausole è rimasta invariata⁴. Infatti, in base all'art. 2, dell'Allegato I.1., del d.lgs. 36/2023, per clausole sociali si intendono quelle «*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*».

Pur non essendo concretamente cambiata la definizione di clausola sociale, appare evidente come, in concreto, la stessa si sia evoluta nel passaggio tra il d.lgs. 50/2016 e il nuovo d.lgs. 36/2023, dal momento che la stessa ricomprende misure non solo volte alla promozione della stabilità occupazionale del lavoratore, ma anche a favorire le pari opportunità di genere e generazionali, nonché l'inclusione lavorativa di persone con disabilità⁵.

Si tratta, quindi, di previsioni, di fonte normativa o contrattuale che, nel promuovere le finalità suddette, impongono, specifici obblighi a carico degli operatori economici, subordinando la libertà economica e i principi dell'economia di mercato a interessi socialmente rilevanti.

2. Le clausole sociali tra vecchio e nuovo Codice dei contratti pubblici.

Come anticipato, nell'attuale assetto normativo, è l'art. 57 del d.lgs. 36/2023 che si occupa del tema delle clausole sociali. Questo, al comma 1, nel conformarsi a quanto previsto dall'art. 1, lett. h), dalla legge delega 21 giugno 2022, n. 78, ha introdotto un vero e proprio obbligo, per le stazioni appaltanti, di inserire nei bandi di gara, negli avvisi e negli inviti, per gli affidamenti di contratti di appalto di lavori e servizi, diversi da quelli che hanno natura intellettuale, e per i contratti di concessione, apposite clausole sociali. Queste ultime, si ribadisce, prevedono le misure che gli operatori economici devono adottare al fine di garantire le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate, nonché la stabilità occupazionale del personale impiegato.

La seconda grande novità rinvenibile, *icto oculi*, nell'articolo in questione, riguarda il mancato riferimento della clausola sociale ai contratti ad alta intensità di manodopera, riferimento che caratterizzava l'ormai abrogato art. 50 del d.lgs. 50/2016. Quest'ultimo, infatti, limitava l'ambito di applicazione della clausola sociale ai soli affidamenti

³ Sul punto vedi, M. FORLIVESI, *Le clausole sociali negli appalti pubblici: il bilanciamento possibile tra tutela del lavoro e ragioni del mercato*, in *Centre for the Study of European Labour Law* “MASSIMO D'ANTONA”, 2/2015; E. GHERA, *Le c.d. clausole sociali: evoluzione di un modello di politica legislativa*, DRI, 2001, 133 ss; A. PERULLI, *Globalizzazione e dumping sociale: quali rimedi?*, LD, 2011, I, 13-43. 151, secondo cui il connotato comune delle varie clausole sociali sarebbe l'imposizione «alle imprese operanti in determinate attività o settori, di vincoli e/o condizionamenti mirati a promuovere la tutela dei lavoratori incentivando, in cambio di vantaggi diretti (per cui sgravi, agevolazioni) o indiretti (appalti, concessioni), l'applicazione dei contratti collettivi e, in genere, ella legislazione del lavoro». Sul punto v. anche S. VARVA, *Le clausole sociali, in Tutela e sicurezza del lavoro negli appalti privati e pubblici. Inquadramento giuridico ed effettività*, M. T. CARINCI - C. CESTER - M. G. MATTAROLO - F. SACRPELLI (a cura di), Utet, 2011, 335.

⁴ Sulla definizione di clausole sociali v., F. CARNELUTTI, *Sul contratto di lavoro relativo ai pubblici servizi assunti da imprese private*, in *RDCComm*, 1909, I, 416 ss.; v. anche, D. NAPOLETANO, *Appalto di opere pubbliche e tutela dei diritti del lavoratore* in *RGL*, 1953, 275. Sulla distinzione tra clausole sociali di prima generazione e di seconda generazione Cfr. E. GHERA, *Le c.d. clausole sociali: evoluzione di un modello di politica legislativa*, in *DRI*, 2001, 133 ss; L. RATTI, *Autonomia collettiva e tutela dell'occupazione. Elementi per un inquadramento delle clausole di riassunzione nell'ordinamento multilivello*, Padova, 2018.

⁵ Questa nuova concezione di clausola sociale in realtà è apparsa, per la prima volta, nell'art. 47 del D.L. n. 77/2021, il c.d. Decreto semplificazioni-bis, sancendo una vera e propria evoluzione del concetto stesso di clausola sociale, che già all'epoca aveva spinto qualche autore ad ipotizzare la configurazione di un “terza generazione” di clausole. Ipotesi che appare oggi, visto il dettato normativo di cui all'art. 57 del d.lgs. 36/2023, sempre più meritevole di considerazione. In tal senso Cfr., F. VERGARA, *Clausole sociali e Pnrr*, in *www.ratioiuris.it*, 2022.

dei contratti di concessione e di appalto di lavoro «con particolare riguardo a quelli relativi a contratti ad alta intensità di manodopera», ovvero sia in relazione ai servizi nei quali il costo della manodopera è pari almeno al 50 per cento dell'importo totale del contratto⁶).

Con il nuovo Codice, dunque, viene superata definitivamente la questione, a lungo dibattuta, circa l'obbligatorietà o meno, per la stazione appaltante, di inserire le clausole sociali nei bandi gara, negli avvisi e negli inviti, per i settori diversi da quelli ad alta intensità di manodopera, dal momento che la stessa viene, di fatto, estesa a tutti gli appalti di lavori e servizi, diversi da quelli aventi natura intellettuale, nonché ai contratti di concessione⁷.

In realtà, il 57 non è l'unico articolo del "nuovo" codice dedicato al tema della parità di genere, generazionale e dell'impiego di persone con disabilità. Esso, infatti, va letto in combinato disposto con l'art. 102, rubricato "Impegni dell'operatore economico" (nel quale vengono elencati gli impegni che le stazioni appaltanti devono richiedere agli operatori economici nei bandi di gara, negli avvisi e negli inviti) e con gli artt. 61, comma 2, 106, comma 8 e 108, comma 7.

Avviando l'analisi dall'art. 102, quest'ultimo prevede che l'operatore economico è tenuto a garantire la stabilità occupazionale del personale impiegato; l'applicazione dei contratti collettivi nazionali e territoriali di settore, tenendo conto, in relazione all'oggetto dell'appalto e alle prestazioni da eseguire, anche in maniera prevalente, di quelli stipulati dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e di quelli il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente, nonché garantire le stesse tutele economiche e normative per i lavoratori in subappalto rispetto ai dipendenti dell'appaltatore e contro il lavoro irregolare; le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le disabilità o svantaggiate.

Il comma 2 dello stesso articolo stabilisce, poi, che l'operatore economico è tenuto ad indicare nell'offerta le modalità con cui intende adempiere ai predetti impegni, la cui attendibilità sarà oggetto di verifica solo nei confronti dell'aggiudicatario della procedura di gara, secondo i metodi previsti per la verifica delle offerte anomale.

Ne discende, dunque che, tanto l'art. 57, quanto il 102, del d.lgs. 36/2023, stabiliscono rispettivamente non solo un obbligo, in capo alle stazioni appaltanti, di previsione delle clausole sociali il cui obiettivo, si ribadisce, è quello di garantire tanto la stabilità occupazionale del personale impiegato quanto le pari opportunità, ma anche l'obbligo, per l'operatore economico che partecipa alla gara, di assumere un impegno al rispetto di tali clausole.

Entrambe le norme, inoltre, prevedono che siano assicurati ai lavori in subappalto, tramite apposite clausole, le medesime tutele normative ed economiche previste per i

6 Sul punto v. G. MARCHI, *Appalti pubblici e clausole sociali di stabilità occupazionale, in Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2/2019; P. TULLINI, *Processi organizzativi e continuità del lavoro nelle società partecipate*, in RIDI, 2019, 1, 33 ss.; G.A. RECCHIA, *Cambio appalto, stabilità occupazionale e contrattazione collettiva*, in D. GAROFALO (a cura di), *Appalti e lavoro. Disciplina lavoristica, Appalti e lavoro*, vol. II, Torino, Giappichelli, 2017, 235 ss.; M.M. MUTARELLI, *Contrattazione collettiva e tutela dell'occupazione negli appalti*, in G. FERRARO (a cura di), *Redditi e occupazione nelle crisi d'impresa*, Torino, 2014, 303 ss.

7 ANAC, Linee guida n. 13 recanti "La disciplina delle clausole sociali". Tuttavia, le linee guida ANAC, specificavano che, ai fini della sussistenza dell'obbligo di inserire le clausole sociali nei bandi, avvisi e inviti, non fosse sufficiente che il contratto di appalto o concessione rientrasse nell'ambito di applicazione di cui all'art. 50 del d.lgs. 50/2016, ma lo stesso doveva essere «oggettivamente assimilabile» al contratto già in essere e senza che lo stesso presentasse rilevanti elementi di novità o incompatibilità rispetto ad esso per quanto riguarda le prestazioni oggetto del contratto. La stessa ANAC aveva inoltre fornito alcuni esempi per cui l'obbligo di assorbimento è escluso tra i quali, il mutamento dell'attività oggetto dell'affidamento o della previsione di differenti condizioni soggettive degli operatori economici per l'accesso alla gara. Non era, invece, sufficiente ad escludere l'obbligo in questione il fatto che il bando di gara o il contratto avessero ad oggetto prestazioni aggiuntive rispetto alle precedenti, salva l'ipotesi in cui, «per l'entità delle variazioni e per i conseguenti effetti sulle prestazioni dedotte, risulti complessivamente mutato l'oggetto dell'affidamento».

dipendenti dell'appaltatore.

Tali previsioni ben si sposano, dunque, con il disposto di cui all'art. 11 del medesimo decreto, recante il principio di applicazione dei contratti collettivi nazionali di settore, che impone di indicare, nei bandi, negli avvisi e negli inviti, il contratto collettivo applicabile⁸⁾.

Tuttavia, se da un lato entrambe le disposizioni prevedono l'obbligo di inserimento delle clausole come garanzia per la tutela dei lavoratori impiegati, della parità di genere e generazionale, dall'altro nulla dicono circa le modalità che devono essere espletate dalle stazioni appaltanti e, ancor di più, dagli operatori economici affinché tali garanzie vengano effettivamente poste in essere in fase di esecuzione del contratto di appalto.

La mancata previsione delle modalità predette rende ancora più evidente la differenza tra la disciplina riservata agli affidamenti in generale e quella prevista per gli affidamenti finanziati con fondi PNRR o PNC. Quest'ultima è infatti dettata all'art. 47, del Decreto Semplificazioni *bis* (D.L. n. 77 del 2021 convertito in legge n. 108/2021) il quale ha, per l'appunto, individuato, per i contratti pubblici finanziati in tutto o in parte con i fondi PNRR e PNC, le prescrizioni di gara che devono intendersi automaticamente inserite nella legge di gara. Alcuni esempi sono rappresentati dall'obbligo di presentare in gara la relazione del rapporto sulla situazione del personale, così come dalle clausole che devono obbligatoriamente essere previste dalla stazione appaltante, salvo espressa motivazione in senso contrario e che, laddove non previste, non etero-integrano la legge di gara, nonché, dalle prescrizioni premiali che possono essere previste in via facoltativa dalla singola stazione appaltante.

In verità, l'unico riferimento a tali modalità, rinvenibile nel nuovo d.lgs. 36/2023, è contenuto nell'art. 61, che al comma 4, rinvia all'Allegato II.3 per l'individuazione dei meccanismi e strumenti premiali rivolti alla realizzazione delle pari opportunità generazionali e di genere, nonché alla promozione dell'inclusione lavorativa delle persone disabili. Nell'Allegato II.3 sono stati infatti inserite numerose disposizioni precedentemente contenute nell'art. 47 del su citato DL semplificazioni-*bis* dedicato, per l'appunto, agli affidamenti PNRR e PNC.

Il mancato richiamo all'Allegato II.3 nell'art. 57, d.lgs.36/2023, solleva l'interrogativo se, le misure elencate nello stesso, possano essere o meno utilizzate dalle stazioni appalti, seppur in via del tutto facoltativa, per gli appalti diversi da quelli "riservati". Possibilità, questa, che non ha ragione di essere esclusa.

Tuttavia, una tale omissione, altro non fa che sottolineare il diverso tenore di incisività del sistema di tutela della parità di genere e generazionale, che appare sicuramente maggiore per i contratti finanziati con PNRR o PNC, rispetto a quello riservato per tutte le altre tipologie di appalto, dal momento che per i primi, le misure ed i criteri premiali, oggi trascritte nell'allegato II.3 e riferibili soltanto agli appalti "riservati", devono essere obbligatoriamente previste nei bandi di gara, avvisi o inviti.

3. La libertà di iniziativa economica si scontra con l'esigenza di protezione sociale.

Altra questione rilevante, a lungo dibattuta in dottrina e giurisprudenza, è quella relativa all'equilibrio tra l'esigenza di protezione sociale perseguita con le clausole so-

⁸ Per un approfondimento sul tema, Cfr. I. SANTORO, *'A cavallo' tra due codici: l'equo trattamento dei lavoratori nella nuova normativa sui contratti pubblici*, in *Centre for the Study of European Labour Law* "MASSIMO D'ANTONA", 467/2023.

ciali e la libertà di iniziativa economica tutelata dall'art. 41 Cost⁹.

Il tema delle clausole sociali, infatti, rappresenta uno degli ambiti in cui è maggiormente rinvenibile il contrasto tra libera concorrenza e tutela del lavoratore dal momento che le stesse operano come strumenti volti a favorire la continuità e la stabilità occupazionale dei lavoratori¹⁰. L'obbligo di riassorbimento del personale utilizzato dal precedente appaltatore ha come conseguenza quella di condizionare ed alterare la concorrenza tra imprese, limitando, di fatto la libertà di iniziativa economica e comportando come effetto, quello di scoraggiare, almeno potenzialmente, la partecipazione alle gare da parte degli operatori economici¹¹.

Sotto questo profilo storicamente le clausole sociali hanno sempre posto problemi di legittimità tanto con riferimento al diritto interno, quanto a quello eurounitario¹². In particolare, in base all'orientamento giurisprudenziale prevalente, l'obbligo di riassorbimento del personale utilizzato dell'appaltatore uscente, deve essere necessariamente visto alla luce della compatibilità dello stesso con l'organizzazione di impresa scelta dall'operatore economico subentrante, dal momento che tale obbligo non ha né i caratteri della perentorietà né, tanto meno, quello dell'automaticità.

Infatti, nel passaggio dall'impresa uscente all'impresa subentrante, non possono esistere automatismi, dal momento che quest'ultima non può essere costretta ad assorbire tutti i lavori già impiegati dall'appaltatore uscente¹³.

Secondo il giudice amministrativo¹⁴, le clausole sociali, il cui scopo è quello di garantire la conservazione dell'impiego, devono essere soggette ad una «applicazione elastica» e non rigida in modo da poter contemperare l'obbligo di mantenimento dei livelli occupazionali del precedente appalto con la libertà di impresa e con la facoltà, in essa insita, di organizzare il servizio in modo efficiente e coerente con la propria organizzazione produttiva, allo scopo di realizzare economie di costi nelle procedure di affidamento degli appalti pubblici¹⁵. A ciò si aggiunga che, il lavoratore non gode di un diritto alla conservazione delle posizioni giuridiche già maturate, a meno che non ci sia stata una previsione in tal senso all'interno di un eventuale accordo sindacale e che tale accordo sia stato sottoscritto dall'impresa subentrante o da una organizzazione sindacale alla quale quest'ultima aderisce¹⁶.

9 V., tra gli altri, M. PALLINI, *Verso una nuova funzione "protezionistica" del diritto del Lavoro?*, in U. GARGIULO - M. RANIERI (a cura di), *Protezionismo e diritto del lavoro. Spunti di riflessione, quaderno di DML*, 2020, 57 e ss.; S. GIUBBONI, *Libertà economiche fondamentali e Diritto del lavoro oggi*, in EDP, 2015, 494 ss.; M. CORIT, *Concorrenza e lavoro: incroci pericolosi in attesa di una scelta*, in DLR, 2016, 516; D. YZZI, *Lavoro negli appalti e dumping salariale*, Torino, 2018; M. ORLANDI, *Mercato unico dei servizi e tutela del lavoro*, Milano, 2013.

10 P. TULLINI, *Concorrenza ed equità nel mercato europeo: una scommessa difficile (ma necessaria) per il diritto del lavoro*, in RIDL, 2018, I, 199 e ss; in giurisprudenza Cfr., *ex multis*, Cons. St., sez. V, 7 giugno 2016, n. 2433, in *EA*, 2016, 6, 1498; Cons. Stato sez. III, 30 marzo 2016, n. 1255, in *EA*, 2016, 3, 561; Cons. Stato, sez. V, 25 gennaio 2016, n. 242, in *DJ*; Cons. Stato, sez. III, 9 dicembre 2015, n. 5598, in *EA*, 2015, 12, p. 3061; Cons. Stato, sez. VI, 27 novembre 2014, n. 5890, in *EA*, 2014, 11, 2816; Cons. Stato, sez. III, 5 aprile 2013, n. 1896, in *EA*, 2013, 4, p. 904.

11 Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, parere prot. N. 722361, dell' 11 dicembre 2015.

12 Sul tema Cfr. F. BORGOGELLI, *Modelli organizzativi e tutele dei lavoratori nei servizi di interesse pubblico*, in *Frammentazione organizzativa e lavoro: rapporti individuali e collettivi. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro*. Cassino, 19-19 maggio 2017, Milano, 2018, 4, 4 e ss.; S. COSTANTINI, *La finalizzazione sociale degli appalti pubblici. Le "clausole sociali" fra tutela del lavoro e tutela della concorrenza*, in *Centre for the Study of European Labour Law "MASSIMO D'ANTONA"*, 2014.

13 Tra le tante pronunce, v. Cons. St., sez. III, 5 maggio 2017, n. 2078, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. St., sez. III, 25 febbraio 2016, n. 1255, in *EA*, 2016, 561 ss. (m); Cons. St., sez. III, 5 aprile 2013, n. 1896, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. St., sez. V, 26 maggio 2015, n. 2637, in *I Contratti dello Stato e degli Enti pubblici*, 2015, 3, 48, con nota di BOTTEON.

14 Cfr. Cons. St., sez. V, 10 giugno 2019, n. 3885; III, 30 gennaio 2019, n. 750; III, 29 gennaio 2019, n. 726; 7 gennaio 2019, n. 142; III, 18 settembre 2018, n. 5444; V, 5 febbraio 2018, n. 731; V, 17 gennaio 2018 n. 272; III 5 maggio 2017, n. 2078; V 7 giugno 2016, n. 2433; III, 30 marzo 2016, n. 1255.

15 Cfr. *ex multis*, Cons. St., sez. V, 29 ottobre 2020, n. 6615, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. St., sez. V, 12 settembre 2019, n. 6148, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. St., sez. V, 10 giugno, 2019, n. 3885, in www.giustizia-amministrativa.it.

16 Cfr. Cons. St., sez. III, 25 febbraio 2016, n. 1255.

Al fine di conciliare la tutela occupazione dei lavoratori con la libertà di iniziativa economica, si è ritenuta salva la possibilità per il concorrente, di ridurre il numero e/o modificare la qualifica del personale da “assorbire”, previa la dimostrazione dell’esistenza di un diverso modello organizzativo aziendale, che legittimi e giustifichi tale flessibilità nell’applicazione della clausola in argomento.

Anche l’ANAC ha, di fatto, accolto l’orientamento abbracciato dai giudici amministrativi sul tema affermando che, la clausola di assorbimento, non può in nessun modo costituire una «barriera all’ingresso, nella forma della richiesta di elementi di inammissibilità dell’offerta»⁽¹⁷⁾.

La stessa Autorità, con le linee guida del 13 febbraio 2019, ha optato per una applicazione “flessibile” della clausola sociale, da intendersi nel senso che essa deve essere applicata nel rispetto della libertà di iniziativa economica di cui all’art. 41 Cost. nonché a tutela della libertà di impresa di cui all’art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea, e. dei principi di proporzionalità e libera concorrenza⁽¹⁸⁾. L’applicazione della clausola sociale, quindi, non può comportare un indiscriminato e generalizzato dovere di assorbimento del personale dell’impresa uscente poiché questo comporterebbe una “*ingiustificata compressione*”⁽¹⁹⁾ della libertà di iniziativa economica di cui all’art. 41 Cost., che a sua volta implica una libertà, in capo all’imprenditore, di organizzare la propria impresa come meglio ritiene⁽²⁰⁾.

È dunque escluso che il bando passa definire il contenuto dell’obbligo di riassorbimento del personale dell’impresa uscente in maniera rigida, dal momento che tale obbligo può essere imposto solo nei limiti in cui lo stesso sia compatibile con il «fabbisogno richiesto dall’esecuzione del nuovo contratto» nonché armonizzato e reso compatibile con l’organizzazione di impresa prescelta dall’impresa subentrante⁽²¹⁾.

Ecco, dunque, che il contenuto della clausola rivolta a garantire la stabilità occupazionale del personale impiegato, si riduce, di fatto, al solo obbligo per l’impresa subentrante di assumere con priorità i lavoratori dell’appaltatore uscente, sempreché il loro numero e la loro qualifica risulti armonizzabile con l’organizzazione che l’impresa subentrante ha scelto⁽²²⁾.

Orbene, le posizioni assunte dalla giurisprudenza amministrativa e dall’ANAC in tema di clausole sociali rivolte al riassorbimento del personale dell’impresa uscente, pur riferendosi all’ormai superata disciplina del d.lgs. 50/2016, risultano essere ancora attuali alla luce del nuovo disposto normativo.

17 In tal senso, ANAC, parere del 23 gennaio 2013, n. 41.

18 In senso critico, cfr. G. ORLANDINI, *Nihil novi sub sole? Le linee guida dell’ANAC in materia di clausole sociali e la lettura “continuista” degli obblighi di riassunzione*, in *Diritti e Lavoro Flash*, 2018, 4, 4 ss.

19 Cfr., *ex multis*, Cons. St., sez. V, 17 gennaio 2018, n. 272; Cons. St., Sez. V, 28 agosto 2017, n. 4079, in *DJ*.

20 Cons. St., sez. V, 17 gennaio 2018, n. 272, in *DJ*.

21 ANAC, Linee guida n. 13, “*La disciplina delle clausole sociali*”; in giurisprudenza, Cfr. Cons. St., sez. III, 27 settembre 2018, n. 5551; Cons. St., sez. III, 5 maggio 2017, n. 2078, in *FA*, 2017, 5, 1026; T.A.R. Toscana, sez. III, 13 febbraio 2017, n. 231, in *FA*, 2017, 2, 370; Cons. St., sez. III, 30/03/2016, n. 1255. Inoltre, il Consiglio di Stato, nel Parere del 21 novembre 2018, n. 2703, ha richiamato l’orientamento della Corte Costituzionale nella sentenza 3 marzo 2011, n. 69 con cui è stata dichiarata «l’illegittimità costituzionale di disposizioni di leggi regionali che non si limitavano a prevedere il mantenimento in servizio di personale già assunto, nel caso di discontinuità dell’affidatario, ma stabilivano in modo automatico e generalizzato “l’assunzione a tempo indeterminato” del personale già “utilizzato” dalla precedente impresa o società affidataria dell’appalto».

22 TAR Calabria, sez. I, 15 marzo 2017, n. 209, 2017. Cfr. anche Cons. St., sez. V, 17 gennaio 2018, n. 272; Cons. St., sez. III, 5 maggio 2017, n. 2078; Cons. St. sez. IV, 2 dicembre 2013, n. 5725; Cons. St., sez. V, 16 agosto 2016, n. 3639; Cons. St., sez. III, 30 marzo 2016, n. 1255; Cons. St., IV, 2 dicembre 2013, n. 5725, in *FA*, 2013, 12, 3376; TAR Toscana, Sez. III, sez. III, 13 febbraio 2017, n. 231, in *FA*, 2017, 2, 370. Il giudice amministrativo ha, inoltre, affermato che, nel caso in cui le esigenze organizzative dell’impresa subentrante non consentano il mantenimento dei lavoratori nello specifico servizio affidato, «i lavoratori, che non trovano spazio nell’organigramma dell’appaltatore subentrante e che non vengano ulteriormente impiegati dall’appaltatore uscente in altri settori, sono destinatari delle misure legislative in materia di ammortizzatori sociali, ma la clausola non comporta invece alcun obbligo per l’impresa aggiudicataria di un appalto pubblico di assumere a tempo indeterminato ed in forma automatica e generalizzata il personale già utilizzato dalla precedente impresa o società affidataria». Cfr. Cons. St., sez. III, 27 settembre 2018, n. 5551.

Il legislatore, infatti, con il “nuovo” codice dei contratti non sembra essersi chiarito sul tema ma, al contrario, si è limitato a ribadire nell’art. 57, sulla scia di quanto già previsto nel d.lgs. 50/2016, all’art. 50, il mero obbligo per le stazioni appaltanti di prevedere all’interno dei bandi di gara, degli avvisi e degli inviti, le predette clausole sociali, lasciando, di fatto, a quest’ultime l’onere di individuare le misure più idonee a garantire da un lato la libertà di iniziativa economica e di organizzazione di impresa, dall’altro l’esigenza di protezione sociale dei lavoratori impiegati nell’impresa uscente.

Nell’assetto normativo attuale, dunque, risulta ancora difficile individuare, con precisione, i criteri specifici in grado di garantire un effettivo contemperamento degli interessi in gioco, situazione questa dovuta ad un quadro ordinamentale poco chiaro e non esemplificativo, tanto nel diritto eurounitario, quanto in quello nazionale. Si dovrà dunque attendere la posizione che il giudice amministrativo assumerà sul tema e, in particolare, sull’art. 57 del recente d.lgs. 36/2023.

4. La violazione della clausola sociale.

Altro delicato argomento riguarda il complesso tema delle conseguenze che derivano dal mancato rispetto della clausola sociale. Si tratta di una problematica che è stata a lungo oggetto di trattazione con riferimento alla normativa previgente e che si ripropone anche alla luce del nuovo Codice dei contratti, dal momento che quest’ultimo si riferisce, a differenza del previgente art. 50 del d.lgs. 50/2016, all’art. 57, comma 1, alle misure elencate nelle clausole come a “requisiti necessari dell’offerta”.

Sembrirebbe, dunque, che il legislatore abbia voluto apertamente superare quell’orientamento consolidato della giurisprudenza che non attribuiva alle clausole sociali il potere di condizione l’ammissibilità dell’offerta, risolvendosi, di conseguenza, in “requisito di partecipazione”.

Con riferimento all’art. 50 del d.lgs. 50/2016, la giurisprudenza amministrativa aveva sottolineato come le norme comunitarie e la disciplina di recepimento prevedevano che le clausole sociali fossero in grado di imporre solo condizioni di “esecuzione” del contratto e che non potessero, per converso, condizionare l’ammissibilità dell’offerta. Il giudice, infatti, più volte ha ribadito che la clausola sociale non impediva «la valutazione dei requisiti soggettivi dei concorrenti»⁽²³⁾.

Secondo l’ANAC, invece, era necessario distinguere tra la mancata accettazione della clausola sociale in fase di presentazione dell’offerta, e l’inadempimento degli obblighi derivanti dalla clausola sociale in fase di esecuzione del contratto.

Nel primo caso, la violazione doveva comportare necessariamente l’esclusione dalla gara, dal momento che l’offerta difettava di uno dei requisiti richiesti, e per tale motivo risultava inammissibile. La stazione appaltante doveva, dunque, richiedere al concorrente di allegare all’offerta un programma di riassorbimento in cui andavano illustrate le concrete modalità di applicazione della clausola sociale, con contestuale indicazione del numero dei lavoratori che avrebbero beneficiato della clausola stessa e con la relativa proposta contrattuale. La mancata presentazione del progetto suddetto doveva corrispondere a mancata accettazione della clausola sociale stessa con la conseguenza che l’operatore doveva essere escluso dalla gara.

Altra questione era invece l’inadempimento degli obblighi di riassorbimento della manodopera in fase di esecuzione del contratto di appalto. In questo caso, la violazione poteva essere sanzionata soltanto dalla stazione appaltante come inadempimento contrattuale ai sensi dell’art. 110 del d.lgs. 50/2016 (oggi sostituito dall’art. 113, d.lgs. 36/2023) e solo in presenza di un grave inadempimento, tale da compromettere la

²³ Cfr. *ex multis*, Ad. Plen., Cons. St., del 6 agosto 2013, n. 19; T.A.R., Napoli, sez. III, 13 febbraio 2017, n. 848.

buona riuscita delle prestazioni⁽²⁴⁾.

Come anticipato, con l'art. 57 del "nuovo" Codice dei contratti, sembrerebbe che il legislatore abbia voluto mettere un punto fermo sulla questione suddetta. È la stessa norma, infatti, che riconosce espressamente, alle misure contenute nelle clausole sociali, valore di requisito necessario dell'offerta.

Le clausole sociali, dunque, acquistano una espressa rilevanza all'interno della gara, con la conseguenza che, la loro mancata inclusione all'interno dell'offerta da parte dell'operatore economico, si deve risolvere nella necessaria esclusione di quest'ultimo dalla gara⁽²⁵⁾.

Il legislatore del 2023 ha dunque abbracciato l'orientamento, in parte anche espresso dall'ANAC nelle linee guide, e portato avanti da una parte della giurisprudenza amministrativa, che riteneva non possibile relegare la rilevanza della clausola sociale alla sola fase di esecuzione dell'appalto, dal momento che la violazione degli obblighi assunti dall'aggiudicatario in sede di gara, pur riguardando l'esecuzione del rapporto, di fatto rilevano anche all'interno della procedura di selezione, quale indice sintomatico di ulteriori vizi dell'offerta medesima, in particolare sotto i profili della univocità e completezza dell'offerta, ovvero dell'anomalia di quest'ultima⁽²⁶⁾.

5. Il difficile equilibrio tra la garanzia di conservazione dei livelli occupazionali e la promozione della parità di genere.

Un'ultima questione, meritevole di approfondimento, riguarda l'equilibrio tra le misure espresse all'interno delle stesse clausole sociali e, in particolare, tra quelle rivolte a garantire la stabilità occupazionale e quelle, invece, rivolte alla promozione della parità di genere⁽²⁷⁾.

Infatti, il dettato dell'art. 57, nel prevedere l'obbligo per l'operatore economico di rispettare le clausole sociali che dettano le misure «orientate tra l'altro a garantire le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate, la stabilità occupazionale del personale impiegato», non sembra attribuire un grado di preferenza tra le finalità perseguite, rendendo quasi implicita la concorrenza tra misure con finalità tra loro diverse.

L'impresa subentrante si trova, di fatto, nella complessa posizione di dover contemporaneamente garantire non solo i livelli occupazionali mantenuti dall'impresa uscente, ma anche promuovere l'inclusione lavorativa generazionale e di genere, nell'organizzazione della propria impresa.

Si tratta, dunque, di due obiettivi che facilmente possono entrare in conflitto tra di loro. Infatti, se l'impresa subentrante è tenuta a conservare i livelli occupazionali dell'appaltatore uscente non può, contemporaneamente, riequilibrare il genere della forza lavoro, o assumere giovani.

Mantenere invariato il vecchio assetto occupazionale, implica, necessariamente, una impossibilità di rinnovare l'occupazione in chiave di pari opportunità.

Il contrasto tra finalità è ancora più evidente se si considera che il proposito della garanzia delle pari opportunità è stato rafforzato con l'introduzione del punteggio premiale di cui all'art. 108, d.lgs. 36/2013, che detta i criteri di aggiudicazione degli appalti

24 Cfr. G. ORLANDINI, *Nihil novi sub sole? Le linee guida dell'ANAC*, op. cit., Secondo l'autore sarebbe più opportuno considerare il mancato rispetto della clausola sociale da parte dell'impresa come espressione della "sostanziale volontà di non accettazione della clausola".

25 Cfr. G. MARCHI, *Appalti pubblici e clausole sociali di stabilità occupazionale*, op. cit.

26 Cfr. Cons. St., sez. III, 5 maggio 2017, n. 2078.

27 Sul tema cfr., E. CARUSO, *La funzione sociale dei contratti pubblici*, Napoli, 2021; F. SCARPELLI, *La dimensione sociale nella regolazione degli appalti pubblici*, in *Tutela e sicurezza nel lavoro negli appalti privati e pubblici. Inquadramento giuridico ed effettività*, (a cura di) M.T. CARINCI, C. CESTER, M.G. MATTAROLO, F. SCARPELLI, Torino, 2011, 307; E. GHERA, *Le c.d. clausole sociali: evoluzione di un modello di politica legislativa*, in *Dir. relax. ind.*, 2001, 133 ss.

di lavori, servizi e forniture.

Quest'ultimo, al comma 7, ha previsto che, al fine di promuovere la parità di genere, le stazioni appaltanti prevedono nei bandi gara, negli avvisi e negli inviti, il maggior punteggio da attribuire alle imprese che attestano, anche tramite autocertificazione, il possesso dei requisiti di cui all'art. 46-*bis* del codice delle pari opportunità tra uomo e donna, di cui al d.lgs. 198/2006⁽²⁸⁾.

Punteggio premiale che di converso, non sembra essere previsto anche per la clausola di riassorbimento del personale impiegato.

L'impresa subentrante, dunque, si trova davanti ad un bivio: rispettare le misure della clausola sociale che le impongono di mantenere i livelli occupazionali dell'impresa uscente o garantire un equilibrio di genere nell'impiego, ottenendo addirittura un punteggio premiale in quest'ultimo caso, la cui alternatività, come anticipato, nasce per l'impossibilità in concreto di garantire entrambe contemporaneamente.

Alternatività in concreto che, di fatto, espone l'appaltatore che partecipa alla gara, ad una possibile esclusione dalla stessa, o, se l'impossibilità sorge in fase di esecuzione del contratto, ad un inadempimento contrattuale dal momento che, si ricorda, l'articolo 57, del d.lgs. 36/2023, ha inquadrato le misure orientate a garantire le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate, nonché la stabilità occupazionale del personale impiegato, come requisiti necessari dell'offerta.

Da ciò, non può che concludersi, che le disposizioni che disciplinano l'istituto delle clausole sociali, nel prevedere, da un lato, l'obbligo per l'impresa subentrante di adottare misure rivolte alla garanzia della stabilità occupazionale del personale impiegato dall'appaltatore uscente e, dall'altro, quello di adottare misure orientate a garantire le pari opportunità di genere e generazionali, appaiono evidentemente contraddittorie tra loro e sottolineano una mancanza di raccordo tra le norme del nuovo codice che, nella pratica, potrà verosimilmente comportare ritardi ed incertezze nella fase di espletamento della gara pubblica⁽²⁹⁾.

6. Conclusioni.

Giungendo, dunque, alle conclusioni dell'indagine, non si può non riconoscere al legislatore il merito di aver provato, ancora una volta, ad attribuire rilievo alle clausole sociali all'interno della disciplina dei contratti pubblici.

Tentativo che ha voluto essere più incisivo rispetto al passato e che ha preso spunto dalla normativa emergenziale introdotta con il D.L. semplificazioni *bis* per gli appalti finanziati con fondi PNNR o PNC.

Incisività che, a sua volta, emerge in maniera chiara tanto nella previsione di un non fraintendibile obbligo per le stazioni appaltanti di prevedere clausole sociali nei bandi di gara, negli avvisi e negli inviti, quanto nell'elevazione delle misure, contenute all'interno di queste ultime, a requisiti essenziali dell'offerta.

Tuttavia, l'obiettivo della piena ed effettiva realizzazione dell'inclusione sociale, in una materia, come quella dei contratti pubblici, che sembra sempre prediligere la ga-

²⁸ La disposizione nel prevedere espressamente che l'assegnazione di un punteggio premiale ha, in realtà, il merito di aver attribuito nuovamente dignità alla certificazione per la parità di genere. In realtà, prima dell'introduzione del Codice degli appalti del 2023, già l'art. 47 del Decreto Semplificazioni *bis* (D.L. n. 77/2021) aveva previsto l'inserimento di requisiti di partecipazione e di misure premiali volte a perseguire finalità di pari opportunità generazionale e di genere e a promuovere l'inclusione lavorativa delle persone con disabilità negli appalti finanziati con le risorse PNNR e PNC.

²⁹ Sul rapporto tra stabilità occupazionale e parità di genere introdotta con il D.L. n. 77/2021, Cfr. D. CAPOTORO, *Giustizia sociale e pari opportunità nei contratti pubblici per la ripresa post-pandemica*, in *Nuove Autonomie*, 3-2021, 816-817, dove l'autore affronta il tema dell'antinomia tra la clausola di riassorbimento e la parità generazionale e di genere introdotta con D.L. Semplificazioni *bis*.

ranza di una concorrenza effettiva fra le imprese e della maggiore apertura possibile del mercato, sembra essere ancora lontana.

La normativa di settore appare, infatti, ancora, priva di raccordo, con il risultato di disposizioni non armonizzate tra di loro, basti solo pensare al conflitto concreto, in precedenza accennato, che sussiste tra l'obbligatorietà della previsione di clausole di riassorbimento del personale impiegato dall'appaltatore uscente e la garanzia della parità di genere e generazionale.

Resta, dunque, aperto l'interrogativo circa quale dei due obiettivi dovrà essere preferito dall'operatore economico interprete. Ad essere disciplinate, sono infatti, garanzie, che in concreto possono rivelarsi in contrasto tra loro laddove esprimono obiettivi che non possono, di fatto, essere soddisfatti contemporaneamente, lasciando all'operatore economico la scelta di quali, tra i due obiettivi, privilegiare in chiave opportunistica, vale a dire al fine di ottimizzare la sua partecipazione alla procedura di gara e massimizzare le *chances* di aggiudicazione della stessa; appare del tutto evidente che la rilevanza degli interessi e delle tutele in gioco non può essere rimessa allo stesso operatore economico: quest'ultimo infatti, non potrà garantire i livelli occupazionali nel personale impiegato dall'impresa uscente, senza violare le pari opportunità generazionali e di genere e viceversa.