

## Le clausole sociali negli appalti pubblici: il bilanciamento possibile tra tutela del lavoro e ragioni del mercato\*

Michele Forlivesi

1. Premessa.	478
2. Quale nozione di concorrenza per gli appalti pubblici?	479
2.2 I limiti di accesso al mercato riconosciuti dalla giurisprudenza europea.	482
3. Le clausole sociali negli appalti pubblici: nozione, evoluzione e natura giuridica.	484
3.1 Le clausole sociali nel Codice degli appalti: a) costo del lavoro e tutela delle retribuzioni. .	487
3.2 (segue) b) le clausole sociali di tutela dei livelli occupazionali.	492
4. Le clausole sociali alla luce della giurisprudenza nazionale ed europea.	497
4.1 L'indirizzo <i>pro labour</i> .	497
4.2 L'orientamento in prevalenza "mercatista" della Corte di Giustizia.	501
5. La nuova direttiva 2014/24/UE: verso una maggiore considerazione delle ragioni del lavoro?	508
6. Conclusioni.	510
Bibliografia.	511

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 275/2015

## 1. Premessa.

Gli appalti pubblici costituiscono un fenomeno di innegabile rilevanza economica e in costante crescita, il cui successo è favorito dalla tendenza degli enti pubblici ad una massiccia esternalizzazione di servizi, imposta soprattutto da esigenze di bilancio e di risparmio della spesa <sup>(1599)</sup>. È sufficiente riportare quanto illustrato dalla Commissione europea nell'*Atto per il mercato unico* ai sensi del quale i beni e i servizi acquistati dagli enti pubblici rappresentano quasi il 18% del P.I.L. dell'Unione <sup>(1600)</sup>.

L'incidenza di tale mercato nel bilancio UE ha portato il legislatore europeo ad intervenire a più riprese e a vari livelli nella sua regolamentazione con il dichiarato intento, espresso nel *Libro bianco: gli appalti pubblici nell'Unione Europea*, di assicurare una genuina concorrenza nell'aggiudicazione degli appalti pubblici in quanto fattore ritenuto in grado di garantire di per sé «un'allocazione efficiente delle risorse, migliorando la qualità dei servizi pubblici e stimolando la crescita economica [...] e la creazione di posti di lavoro» <sup>(1601)</sup>. Proprio per questo «l'obiettivo delle norme europee in materia di appalti pubblici [vuole essere quello di realizzare] una concorrenza aperta ed effettiva» <sup>(1602)</sup>.

L'idea è ripresa in diversi documenti della Commissione europea, secondo i quali, per attuare la strategia Europa 2020, «è essenziale creare condizioni di forte concorrenza per gli appalti pubblici aggiudicati nel mercato interno, [assicurando agli] offerenti la possibilità di competere in condizioni di parità [evitando] distorsioni della concorrenza» <sup>(1603)</sup>.

Tali sollecitazioni hanno portato, nel gennaio 2014, il Parlamento europeo ad approvare tre nuove direttive in materia di appalti pubblici, settori speciali e concessioni <sup>(1604)</sup>, con il dichiarato obiettivo di «accrescere l'efficienza della spesa pubblica, facilitando in particolare la partecipazione delle piccole e medie imprese (PMI) agli appalti pubblici e permettendo ai committenti di farne un miglior uso per sostenere il conseguimento di obiettivi condivisi a valenza sociale» <sup>(1605)</sup>, nel rispetto dei «principi del trattato sul funzionamento dell'Unione europea

<sup>(1599)</sup> Per quanto riguarda la situazione italiana, la soppressa Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici (AVCP) nella comunicazione del 16 giugno 2010, *Proposte di modifiche normative per incrementare la concorrenza nel settore dei contratti pubblici*, ha rilevato che «nonostante il periodo recessivo, le gare d'appalto allocano, in regime di concorrenza, un significativo ammontare di risorse, pari al 6,6% del P.I.L. (dati relativi all'anno 2009) [...] I dati in possesso dell'Osservatorio dell'Autorità mostrano che il numero degli appalti, d'importo superiore a 150.000 euro, aggiudicati nel 2009, risulta pari a 50.688, per un importo di 79,3 miliardi di euro; mentre gli appalti relativi a servizi e forniture, d'importo compreso tra 20.000 e 150.000 euro, e quelli relativi a lavori, d'importo compreso tra 40.000 e 150.000 euro, risultano pari a 74.757, per un ammontare complessivo di 4,6 miliardi di euro».

<sup>(1600)</sup> Per approfondire vedi *Atto per il mercato unico* COM/2011/206.

<sup>(1601)</sup> Così si legge in *Libro bianco: gli appalti pubblici nell'Unione Europea*, COM/1998/143. In dottrina tale documento è ripreso da F. SCARPELLI, *Regolarità del lavoro e regole della concorrenza: il caso degli appalti pubblici*, RGL, 2006, 762; M. ROBLES, *Il contratto di appalto nella disciplina italo-comunitaria*, Studi sull'integrazione Europea, 2007, 82.

<sup>(1602)</sup> Così *Libro verde sulla modernizzazione della politica dell'Unione europea degli appalti pubblici*, COM/2011/15, IT p. 32.

<sup>(1603)</sup> Così cit., COM/2011/15, IT p. 33; si segnalano inoltre i meno recenti *Libro verde - Gli appalti pubblici nell'Unione europea - spunti di riflessione per il futuro*, COM/1996/583; *Gli appalti pubblici nell'Unione europea*, COM/1998/143; *Diritto comunitario degli appalti pubblici e la possibilità di integrare aspetti sociali negli appalti pubblici*, COM/2001/566.

<sup>(1604)</sup> Pubblicate il 28 marzo 2014 sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea e in vigore dal 17 aprile 2014 e rispettivamente Dir. 2014/24/UE; Dir. 2014/25/UE e Dir. 2014/23/UE.

<sup>(1605)</sup> Così considerando n. 2 dir. 2014/24/UE.

(TFUE) e in particolare la libera circolazione delle merci, la libertà di stabilimento e la libera prestazione di servizi, nonché i principi che ne derivano, come la parità di trattamento, la non discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza»<sup>(1606)</sup>. Tutto ciò ribadendo che «per gli appalti pubblici con valore superiore a una certa soglia è opportuno elaborare disposizioni per coordinare le procedure nazionali di aggiudicazione degli appalti in modo da garantire che a tali principi sia dato effetto pratico e che gli appalti pubblici siano aperti alla concorrenza»<sup>(1607)</sup>.

In altre parole, oggi come ieri, la disciplina europea degli appalti pubblici è innanzitutto finalizzata alla garanzia ed alla promozione della concorrenza e del libero mercato nelle sue declinazioni di libertà di circolazione delle merci, di stabilimento e di prestazione di servizi.

## 2. Quale nozione di concorrenza per gli appalti pubblici?

Sulla base di tali premesse occorre chiarire i confini della nozione di concorrenza nello specifico mercato degli appalti pubblici.

Il quesito, all'apparenza banale, svela immediatamente la sua complessità appena si constata che nel nostro ordinamento non esiste una definizione normativa di concorrenza come bene giuridicamente tutelato e che la nozione oggi prevalente è frutto di un lungo ed accidentato percorso evolutivo.

Gli studiosi affrontano la tematica della libertà e della tutela della concorrenza secondo due diverse accezioni: da un lato, come diritto ad agire liberamente nel mercato ed intraprendere qualsivoglia attività imprenditoriale (c.d. concorrenza in senso soggettivo) e, dall'altro, come diritto di accesso ad un determinato mercato, garantito e tutelato dalla normativa *antitrust* (c.d. concorrenza in senso oggettivo). I parametri costituzionali di riferimento sono l'art. 41 Cost. e l'art. 117 comma 2 lett. e) Cost.

Per quanto concerne il primo riferimento, autorevole dottrina ha osservato come la libertà del singolo si presenti in rapporto all'iniziativa economica degli altri, come libertà di concorrenza<sup>(1608)</sup>. In sostanza, la libera iniziativa economica è definibile come principio bidimensionale e bidirezionale, presentandosi al contempo come libertà del cittadino verso lo Stato e verso gli altri cittadini, fruibile in un medesimo settore d'attività, per un numero potenzialmente illimitato di imprenditori<sup>(1609)</sup>.

Anche la Corte Costituzionale è intervenuta in più occasioni, riconoscendo espressamente che la libertà di concorrenza «è valore basilare della libertà di iniziativa economica, ed è funzionale alla

<sup>(1606)</sup> Così considerando n. 1 dir. 2014/24/UE.

<sup>(1607)</sup> Così considerando n. 1 dir. 2014/24/UE.

<sup>(1608)</sup> Sul punto cfr. A. BALDASSARRE, *Iniziativa economica e privata*, in *Enc. Dir.*, 1971, 602; F. GALGANO, *Sub. Art. 41*, in *Commentario della Costituzione. Rapporti economici*, a cura di G. BARCA, Zanichelli-Società Editrice del Foro Italiano, 1982, II, 11; M. LUCIANI, *La produzione economica privata*, Cedam, 1983; G. OPPO, *L'iniziativa economica*, *RDC*, 1988, I, 329; A. PACE, *Problematicità delle libertà costituzionali*, Cedam, 1997, 462.

<sup>(1609)</sup> Così M. GIAMPIERETTI, *Il principio costituzionale di libera concorrenza: fondamenti, interpretazioni, applicazioni*, *DS*, 2003, 499.

protezione degli interessi della collettività»<sup>(1610)</sup>; precisando, tuttavia, che la sfera di autonomia privata e la concorrenza non ricevono dall'ordinamento una protezione assoluta, potendo subire limitazioni ed essere sottoposte al coordinamento necessario «a consentire il soddisfacimento contestuale di una pluralità di interessi costituzionalmente rilevanti »<sup>(1611)</sup>. Secondo il giudice delle leggi, le esigenze di «utilità sociale» devono essere bilanciate con la concorrenza<sup>(1612)</sup>, in modo che l'individuazione delle medesime «non appaia arbitraria» e non siano perseguite dal legislatore mediante misure palesemente incongrue<sup>(1613)</sup>. In particolare, il limite della utilità sociale «può sostanziarsi in valutazioni attinenti alla situazione di mercato [...] e può dar luogo quindi, ad interventi del legislatore tali da condizionare in qualche modo le scelte organizzative degli operatori economici purché non siano tali da determinare la funzionalizzazione dell'attività esercitata sacrificandone le opzioni di fondo o restringendone in rigidi confini lo spazio e l'oggetto»<sup>(1614)</sup>.

In dottrina si è sostenuto che il valore sotteso alla disciplina costituzionale delle attività economiche è la libertà di concorrenza intesa come «risultante della convergente presenza, in un dato settore, di una pluralità di operatori e di una disciplina giuridica che predetermini le regole del gioco, valide per tutti nella stessa misura»<sup>(1615)</sup>.

Tali rilievi vengono ulteriormente chiariti se si analizza la definizione di concorrenza in senso oggettivo, alla luce della più recente giurisprudenza relativa all'art. 117, comma 2, lett. e) Cost. In particolare, secondo l'indirizzo costante la nozione di concorrenza riflette quella operante in ambito comunitario e comprende sia gli interventi regolatori che incidono sulla concorrenza (quali le misure di tutela in senso proprio, che contrastano gli atti ed i comportamenti delle imprese che incidono negativamente sull'assetto concorrenziale dei mercati e che ne disciplinano le modalità di controllo ed eventualmente anche di sanzione), sia le misure di promozione, che mirano ad aprire un mercato o a consolidarne l'apertura, eliminando barriere all'entrata, riducendo o eliminando vincoli al libero esplicarsi della capacità imprenditoriale e della competizione tra imprese, rimuovendo, in generale, i vincoli alle modalità di esercizio delle attività economiche<sup>(1616)</sup>.

Per quanto concerne specificatamente la tutela della concorrenza negli appalti pubblici, la Corte ha affermato che «le disposizioni del Codice degli appalti pubblici, per la parte in cui sono correlate all'art. 117, secondo comma, lett. e), Cost. ed alla materia "tutela della concorrenza", vanno ascritte, per il loro sesso contenuto d'ordine generale, all'area delle norme fondamentali di riforme economico-sociali, nonché delle norme con le quali lo Stato ha dato attuazione agli

<sup>(1610)</sup> Così C. cost. 15 maggio 1990, n. 241, *DJ*.

<sup>(1611)</sup> Così C. cost. 7 luglio 2006, n. 279, *DJ*; C. cost., ord., 22 maggio 2009, n. 162, *DJ*.

<sup>(1612)</sup> Sul punto v., in particolare, C. cost. 5 novembre 1996, n. 386, *DJ*.

<sup>(1613)</sup> Sul punto v. C. cost. 29 maggio 2009, n. 167, *DJ*; C. cost. 29 aprile 2010, n. 152, *DJ*.

<sup>(1614)</sup> Così C. cost. 19 dicembre 1990, n. 548, *DJ*.

<sup>(1615)</sup> Così A. PACE, *Problematicità delle libertà costituzionali*, Cedam, 1997, 328-329.

<sup>(1616)</sup> Sul punto cfr. C. Cost. 15 maggio 2014, n. 124, *DJ*; C. cost. 18 aprile 2014, n. 104, *DJ*; C. cost. 16 aprile 2014, n. 97, *DJ*; C. cost. 1 aprile 2014, n. 64, *DJ*; C. cost. 19 dicembre 2012, n. 299, *DJ*; C. cost. 22 luglio 2010, n. 270, *DJ*; C. cost. 12 febbraio 2010, n. 45, *DJ*; C. cost. 22 maggio 2009, n. 160, *DJ*; C. cost. 14 dicembre 2007, n. 430, *DJ*; C. cost. 23 novembre 2007, n. 401, *DJ*.

obblighi internazionali nascenti dalla partecipazione dell'Italia all'Unione europea» ( <sup>1617</sup> ). Pertanto, è corretto affermare che «la disciplina del Codice degli Appalti pubblici, nella parte in cui concerne le procedure di selezione ed i criteri di aggiudicazione è strumentale a garantire la tutela della concorrenza e, conseguentemente, anche le Regioni a statuto speciale e le Province autonome che siano titolari di competenza legislativa primaria nella materia dei lavori pubblici di interesse regionale non possono stabilire al riguardo una disciplina suscettibile di alterare le regole del funzionamento del mercato» ( <sup>1618</sup> ). In sostanza, secondo il giudice delle leggi «la normativa [appalti pubblici] stabilita dal legislatore mira ad assicurare il rispetto dei principi generali di matrice comunitaria stabiliti nel Trattato e, in particolare, il principio di non discriminazione» ( <sup>1619</sup> ).

Dunque, sembra possibile ricavare un *favor* dell'ordinamento costituzionale ed europeo per la promozione della concorrenza che costituisce una delle leve della politica economica. Da ciò consegue che «l'eliminazione degli inutili oneri regolamentari, mantenendo però quelli necessari alla tutela di superiori beni costituzionali ( <sup>1620</sup> ), è funzionale alla tutela della concorrenza e rientra a questo titolo nelle competenze del legislatore statale» ( <sup>1621</sup> ).

Sviluppando tali argomentazioni, la Consulta ha specificato ulteriormente il suo orientamento affermando che nell'ambito degli appalti pubblici vengono in rilievo tutte le disposizioni che perseguono le finalità di evitare comportamenti delle imprese idonei ad alterare le regole concorrenziali (come in caso di competizione giocata sul *dumping* salariale) e quelle volte a garantire la progressiva liberalizzazione dei mercati in cui sono ancora presenti barriere all'entrata o altri impedimenti. In altre parole, assumono rilevanza particolare le norme che, disciplinando la fase procedimentale prodromica alla stipulazione del contratto d'appalto, si qualificano per la finalità di assicurare la concorrenza "per" il mercato, in quanto norme eteronome poste a presidio dei principi della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della prestazione di servizi. La conseguenza di ciò è che un eventuale scostamento da tale modello, definito in ambito sovranazionale, violerebbe tanto i valori tutelati dal diritto europeo, quanto le corrispondenti normative statali adottate nell'esercizio della competenza esclusiva dell'art. 117, secondo comma, lett. e), della Costituzione ( <sup>1622</sup> ).

Semplificando si potrebbe affermare che la nozione di concorrenza nello specifico mercato degli appalti pubblici, si concretizza garantendo parità di trattamento e non discriminazione tra le imprese partecipanti ai bandi di gara e trasparenza, proporzionalità e pubblicità nell'elaborazione delle regole di gara da parte delle pubbliche amministrazioni appaltanti.

(<sup>1617</sup>) Così C. cost. 10 giugno 2011, n. 184, *DJ*; sul punto v. anche C. cost. 20 aprile 2011, n.144.

(<sup>1618</sup>) Così C. cost. 10 giugno 2011, n. 184, cit.; conformi tra le tante v. C. cost. 17 giugno 2010, n. 221, *DJ*; C. cost. 28 maggio 2010, n. 186, *DJ*; C. cost. 12 febbraio 2010, n. 45, cit.; C. cost. 30 luglio 2008, n. 320, *DJ*; C. cost. 23 novembre 2007, n. 401, cit.

(<sup>1619</sup>) Così C. cost. 10 giugno 2011, n. 184, cit.; ma già C. cost. 22 maggio 2009, n. 160, cit.

(<sup>1620</sup>) Tra cui rientrano certamente i diritti sociali e del lavoro.

(<sup>1621</sup>) Così C. cost. 15 maggio 2014, n. 124, cit.; sul punto v. anche C. cost. 19 dicembre 2012, n. 299, cit.; nella quale la Corte precisa che «gli ostacoli alla concorrenza possono derivare sia dalla previsione di nuovi o ulteriori limiti all'accesso al mercato, sia dalla eliminazione di qualsiasi criterio selettivo, là dove l'esercizio dell'attività imprenditoriale resti condizionato da elementi oggettivi che ne delimitano le possibilità di accesso».

(<sup>1622</sup>) In tal senso v., in particolare, C. cost. 12 febbraio 2010, n. 45, cit.

Volendo accogliere tale nozione, la problematica da risolvere è come conciliare la libertà di concorrenza con i diritti sociali fondamentali, sanciti sia dall'ordinamento nazionale che europeo (seppur, come si vedrà, con ordini valoriali ben diversi che incidono nel "bilanciamento"), posto che la loro effettività può essere garantita solo a condizione che sia adeguatamente limitata e ristretta la sfera del mercato<sup>(1623)</sup>.

Le domande da porsi riguardano lo spazio che possono occupare e quale ruolo possono giocare le clausole sociali; su quali materie e in che misura esse possono vincolare la regolamentazione degli appalti pubblici. È possibile fare rientrare tali disposizioni eteronome negli oneri regolamentari necessari per la tutela di beni ed interessi costituzionalmente rilevanti e/o nelle misure pubbliche volte a ridurre gli squilibri dei mercati e a favorire una reale e leale concorrenza negli appalti pubblici?

Per risolvere tali quesiti, come suggerito anche dall'analisi della giurisprudenza costituzionale, è necessario focalizzarsi sugli orientamenti della giurisprudenza europea in materia di libertà di prestazione dei servizi e di stabilimento e chiarire quali siano i limiti di accesso al mercato appalti pubblici.

## 2.2 I limiti di accesso al mercato riconosciuti dalla giurisprudenza europea.

Fin dalla sentenza *Säger*<sup>(1624)</sup> la giurisprudenza della Corte di giustizia è costante nell'interpretare in senso estensivo la libertà di prestazione dei servizi riconosciuta dall'art. 56 TFUE, appellandosi al c.d. "principio del paese d'origine", da intendersi come diritto ad accedere al mercato di un altro Stato membro senza subire ostacoli che non siano giustificati da una «ragione imperativa di pubblico interesse» compatibile con il diritto della UE e comunque tale da non comprimere in maniera sproporzionata l'altrui libertà economica<sup>(1625)</sup>.

Tra queste ragioni, accanto a quelle espressamente menzionate nel Trattato (ordine pubblico, sicurezza, tutela della salute, tutela dell'ambiente ex art. 36 TFUE), rientrano anche le norme nazionali di protezione del lavoro, in quanto esigenze di carattere imperativo enucleabili dal complesso delle norme e dei valori che ispirano il modello sociale europeo<sup>(1626)</sup>. In particolare, l'art. 6.3 TUE sancisce espressamente che i diritti fondamentali risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni tra gli Stati membri, e dunque anche quelli volti a proteggere i lavoratori<sup>(1627)</sup>, fanno parte del diritto dell'UE in quanto "principi generali".

<sup>(1623)</sup> Sul punto v. diffusamente E. DICOTTI, *Il mercato delle libertà*, Il Mulino, 2006, 73 ss.

<sup>(1624)</sup> Così C. giust. 25 luglio 1991, C-76/90, *Säger*, si v. in particolare punti 12 e 15.

<sup>(1625)</sup> Per una disamina del c.d. principio del "paese d'origine" si v. S. GIUBBONI, *Diritti e solidarietà in Europa: i modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo*, Il Mulino, 2012, 53ss. Sull'evoluzione della giurisprudenza europea sui limiti di accesso al mercato unico europeo si v. G. ORLANDINI, *Mercato unico dei servizi e tutela del lavoro*, Franco Angeli, 2013.

<sup>(1626)</sup> In dottrina sul punto v. U. CARABELLI - V. LECCESE, *Libertà di concorrenza e protezione sociale a confronto. Le clausole di favor e non regresso nelle direttive sociali*, *Contr. impr. Eur.*, 2005, 552ss.; U. CARABELLI, *Una sfida determinate per il futuro dei diritti sociali in Europa: la tutela dei lavoratori di fronte alla libertà di prestazione dei servizi nella Ce*, *RGL*, 2007, I, 55ss.; M. CORTI, *Contrattazione collettiva, libera circolazione e concorrenza in Europa*, *RGL*, 2007, III, 781ss.

<sup>(1627)</sup> Oggi sanciti anche a livello primario europeo dal titolo IV della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea dotata, ai sensi dell'art. 6.1 TUE, della stessa forza giuridica dei Trattati. Per un'approfondita analisi delle disposizioni sociali dei Trattati si rinvia a B. CARUSO, *I diritti sociali fondamentali dopo il Trattato di Lisbona (tanto tuonò che piovve)*, *CSDLE, int.*, n. 81/2010; B. CARUSO - A. ALAIMO, *Dopo la politica i diritti: l'Europa "sociale" nel Trattato di Lisbona*, *CSDLE, int.*, n. 82/2010.

Tale evoluzione delle fonti non fa altro che confermare l'orientamento della Corte di giustizia, secondo cui «il diritto comunitario non osta a che gli stati membri estendano l'applicazione delle loro leggi o dei contratti collettivi di lavoro stipulati tra le parti sociali a chiunque svolga un lavoro subordinato, anche temporaneo, nel territorio, indipendentemente dal paese in cui è stabilito il datore di lavoro»<sup>(1628)</sup>, purché, tali norme siano applicate secondo i principi di parità di trattamento e non discriminazione<sup>(1629)</sup>. In particolare i giudici di Lussemburgo hanno recentemente chiarito che una misura nazionale di protezione dei livelli retributivi dei lavoratori, seppur potenzialmente restrittiva della libertà di prestazione di servizi, può essere «giustificata in linea di principio dall'obiettivo [...] di evitare sia il "dumping sociale" sia la penalizzazione delle imprese concorrenti che concedono una congrua retribuzione ai loro dipendenti»<sup>(1630)</sup>. In altre parole, la norma eteronoma nazionale posta a tutela del lavoro, se adeguata e proporzionata allo scopo, può essere un virtuoso meccanismo di garanzia della concorrenza nel mercato. Tale concezione promozionale della concorrenza trova riscontro anche a livello di fonti primarie europee ed in particolare nell'art. 9 TFUE, ai sensi del quale «nella definizione e nell'attuazione delle sue politiche ed azioni, l'Unione tiene conto delle esigenze connesse con la promozione di un elevato livello di occupazione, la garanzia di un'adeguata protezione sociale, la lotta contro l'esclusione sociale e un elevato livello di istruzione, formazione e tutela della salute umana».

In base a tali premesse, i giudici della Corte europea sono chiamati ad effettuare, caso per caso, un bilanciamento volto a verificare se la regolamentazione legale o contrattuale che impone ai concorrenti il rispetto di *standard* minimi inderogabili di tutela del lavoro potenzialmente limitativi della libertà di prestazione di servizi, sia necessaria al perseguimento di uno scopo meritevole di tutela secondo l'ordinamento europeo e se siano proporzionati i mezzi utilizzati.

Il principio di proporzionalità diviene meta-principio regolatore del funzionamento del mercato interno e chiave di volta per modulare ambito, perimetro e tecniche regolative di estensione e garanzia dei diritti sociali nazionali<sup>(1631)</sup>. Tuttavia, le modalità concrete con le quali la Corte effettua tale bilanciamento e la rigida interpretazione data ai principi di proporzionalità e adeguatezza sono oggi il maggior ostacolo all'affermazione del modello regolativo delle clausole sociali.

<sup>(1628)</sup> Così C. giust. 27 marzo 1990, C-113/89, *Rush Portuguesa*, punto 18. Ma precedentemente già C. giust. 17 dicembre 1981, C-279/80, *Webb*.

<sup>(1629)</sup> Sul punto si veda in particolare C. giust. 25 ottobre 2001, C-49, 50, 52, 54, 68-71/98, *Finalarte*, punto 58; in tale pronuncia la Corte chiarisce in cosa consista l'interesse generale identificato nella tutela dei lavoratori affermando che esso è sinonimo di parità di trattamento tra lavoratori stranieri e nazionali.

<sup>(1630)</sup> Così C. Giust. 18 settembre 2014, C-549/13, *Bundesdruckerei c. Stadt Dortmund*, punto 31, *RIDL*, 2015, II, vol. 2 nt. FORLIVESI; *RGL*, 2015, II, vol. 1, 33-46 nt. GUADAGNO.

<sup>(1631)</sup> Sul principio di proporzionalità si rinvia a T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, Oxford UP, 2006, 136 ss.; B. CARUSO, *Nuove traiettorie del diritto del lavoro nella crisi europea. Il caso italiano*, in *Lavoro e diritti sociali nella crisi europea. Un confronto fra costituzionaliste giuslavoristi*, a cura di B. CARUSO- G. FONTANA, il Mulino, 2015, 57-94, spec. 72-76; secondo il quale la proporzionalità si configurerebbe al contempo in negativo come strumento di difesa dei diritti contro le limitazioni imposte dal legislatore in nome dei vincoli finanziari, «come limite alle limitazioni o come restringimento compatibile. In positivo, come tecnica di individuazione del contenuto necessario e indefettibile di un diritto, nel bilanciamento con altri diritti». Sul punto v. anche D. U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Giuffrè, 1998; A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Cedam, 1998; S. GIUBBONI, *Libertà economiche fondamentali e diritto del lavoro, oggi, Europa e diritto privato*, 2015, vol. II, 493 ss.; S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Giappichelli, 2010; B. DE MOZZI, *Tutela*

### 3. Le clausole sociali negli appalti pubblici: nozione, evoluzione e natura giuridica.

La nozione di clausola sociale fa riferimento a una serie di disposizioni di carattere normativo o contrattuale che stabiliscono, a carico delle imprese che intendono partecipare all'esecuzione di opere pubbliche o a concessioni di pubblici servizi, l'obbligo di applicare nei confronti dei dipendenti alcune garanzie di tutela minima, come la tutela del reddito dei lavoratori o la loro stabilità occupazionale, in particolare assicurando l'osservanza dei contratti collettivi <sup>(1632)</sup>.

La *ratio* sottesa a tale istituto è quella di condizionare e/o limitare la libertà economica e i principi dell'economia di mercato, subordinandoli ad interessi socialmente rilevanti <sup>(1633)</sup>.

Le clausole sociali volte a garantire i minimi reddituali, definibili di "prima generazione", sono state un modello normativo di protezione dei lavoratori occupati dalle imprese appaltatrici di opere pubbliche fin dalla fine del XIX secolo <sup>(1634)</sup>. Sotto il profilo teleologico, si è osservato che già allora l'obiettivo del legislatore era quello di ristabilire «l'equilibrio tra la classe lavoratrice e gli imprenditori nella stipulazione dei contratti di lavoro», essendo interesse della pubblica amministrazione utilizzare «personale scelto sottratto a turbamenti di carattere economico» <sup>(1635)</sup>, offrendo ai dipendenti dell'appaltatore un «equo trattamento» economico e normativo in un periodo caratterizzato da scarse garanzie legislative e dalla carenza di una regolamentazione negoziale collettiva <sup>(1636)</sup>.

---

*dei lavoratori nell'appalto transnazionale e test di proporzionalità*, in *Dialogo tra Corti e principio di proporzionalità: atti del 1. Convegno dei Colloquia dei Ricercatori della Scuola di Giurisprudenza dell'Università di Padova*, a cura di M. BIANCHINI e G. GIOIA, Cedam, 2013, 279 ss.

<sup>(1632)</sup> Si v. in particolare F. MANCINI, *Sub art. 36*, in *Statuto dei diritti dei lavoratori*, in *Comm. c. c.*, a cura di V. SCIALOJA e G. BRANCA, Zanichelli, 1972, 542 ss.; R. BORTONE, *Commento all'art. 36*, in *Lo statuto dei lavoratori*, a cura di G. GIUGNI, Giuffrè, 1979, 646 ss.; P. TULLINI, *Finanziamenti pubblici alle imprese e «clausole sociali»*, *RTDPC*, 1990, 33 ss.; 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.

<sup>(1633)</sup> Sul punto vedi E. GHERA, *op. cit.*, 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, alla 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*, a cura di M. T. CARINCI - C. CESTER - M. G. MATTAROLO - F. SACRPELLI, Utet, 2011, 335.

<sup>(1634)</sup> I primi esempi rilevanti di clausole sociali si rinvencono nell'art. 357, l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. F sui lavori pubblici; e nell'art. 22 cap. gen. op. dip. Ministero LL.PP. del 28 maggio 1985. Queste norme garantivano i salari dei lavoratori dipendenti dall'appaltatore stabilendo che l'Amministrazione «previo diffidamento per iscritto all'impresa avrebbe pagato la mercede giornaliera degli operai che risultasse essersi dall'impresario rifiutata senza giusto motivo, o non corrisposta al termine consueto» utilizzando, all'uopo, le somme dovute «sul prezzo dei lavori». In tema v. F. CARNELUTTI, *Sul contratto di lavoro relativo ai pubblici servizi assunti da imprese private*, *RDC*, 1909 I, 416 ss.; V. SALANDRA, *contratti di adesione*, *RDC*, 1928, I, 517 ss.; D. NAPOLETANO, *Appalto di opere pubbliche e tutela dei diritti del lavoratore*, *RGL*, 1953, I, 267 ss. Nella normativa post costituzionale cfr. l'art. 2 d.p.r. 22 novembre 1961, n. 1192 sulla disciplina dell'impiego di manodopera negli appalti delle Amministrazioni autonome, delle Ferrovie dello Stato, dei Monopoli d Stato, delle Poste e delle Telecomunicazioni; l'art. 17 d.p.r. 16 luglio 1962, n. 1063, cap. gen. Ministero LL.PP.; l'art. 22 del cap. d'appalto dei Magazzini di vendita dei generi di monopolio del 19 febbraio 1986. Sul piano internazionale si segnala la convenzione OIL 8 giugno 1949, n. 94, *Convenzione sulle clausole di lavoro nei contratti stipulati da un'autorità pubblica*, ratificata dall'Italia con l. 2 agosto 1952, n. 1305, ai sensi della quale «I contratti ai quali si applica la presente convenzione dovranno contenere delle clausole che garantiscano ai lavoratori interessati salari (incluse le indennità), durata di lavoro e altre condizioni di lavoro non meno favorevoli di quelle stabilite per un lavoro dello stesso genere nella professione o nell'industria interessate della stessa regione (...) per mezzo di contratti collettivi o per mezzo di un'altra procedura concordata di contrattazione fra organizzazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori che rappresentano rispettivamente una proporzione considerevole dei datori di lavoro e dei lavoratori della professione o dell'industria interessate».

<sup>(1635)</sup> Così D. NAPOLETANO, *op. cit.*, 267 ss.

<sup>(1636)</sup> Sul punto v. P. TULLINI, *op. cit.*, 39-40.



La dottrina giuslavoristica ha iniziato a rivolgere attenzione a tale tipo di disposizioni a seguito dall'emanazione dell'art. 36 St. lav. che a tutt'oggi rimane uno degli interventi legislativi più rilevanti. Tale norma configura un meccanismo di rinvio *per relationem* o di recezione mediata degli accordi collettivi, assumendo questi ultimi alla stregua di parametri di riferimento per la determinazione di un trattamento economico normativo minimo<sup>(1637)</sup>. In particolare viene imposto alla pubblica amministrazione committente di inserire nei capitolati di appalto per l'esecuzione di opere pubbliche la «clausola esplicita determinante l'obbligo per il beneficiario o appaltatore di applicare o far applicare nei confronti dei lavoratori dipendenti condizioni non inferiori a quelle risultanti dai contratti collettivi di lavoro della categoria e della zona»<sup>(1638)</sup>. Nell'enunciato testuale «far applicare» è implicita l'estensione dell'obbligo di applicare condizioni non inferiori a quelle previste dai contratti collettivi anche ai dipendenti delle imprese appaltatrici e subappaltatrici di commesse affidate dall'impresa titolare dell'appalto<sup>(1639)</sup>.

La portata di tale disposizione è stata esplicitamente enunciata dalla Corte Costituzionale nel 1998, la quale ha affermato che «lo scopo della norma è quello, entro il quadro delineato dal principio di imparzialità e buon andamento, di tutela del lavoro subordinato, in situazioni nelle quali lo Stato è in grado di influire direttamente o indirettamente», e di garanzia della genuinità della concorrenza tra imprese appaltatrici. In particolare, la clausola sociale contenuta nell'art. 36 St. lav. risponde all'esigenza di garantire uno standard minimo di tutela ai lavoratori, necessario per conseguire una «migliore realizzazione dell'interesse pubblico, secondo i principi della concorrenza tra imprenditori (per ottenere la pubblica amministrazione le condizioni più favorevoli) e della parità di trattamento dei concorrenti della gara (per assicurare il miglior risultato della procedura concorsuale senza alterazioni e/o trattative)». Attraverso il rispetto dei contratti collettivi, si persegue il fine di assicurare il buon andamento e l'imparzialità dell'agire pubblico (ex art. 97 Cost.), dal momento che «anche i costi per le imprese, derivati dall'obbligo di equo trattamento, concorrono alla migliore individuazione del soggetto idoneo»<sup>(1640)</sup>.

In sostanza la norma statutaria permette di sottrarre le condizioni di lavoro dai meccanismi della concorrenza, impedendo agli imprenditori di trarre un vantaggio competitivo dal *dumping* salariale.

In tale sistema il contratto collettivo assolve la funzione di parametro e fornisce una semplice indicazione del minimo livello normativo e retributivo<sup>(1641)</sup>. La norma statutaria non attribuisce efficacia generale ai contratti collettivi mediante procedure diverse e contrarie a quelle previste dall'art. 39 comma 4 Cost., poiché non impone la diretta osservanza delle clausole negoziali, ma

<sup>(1637)</sup> Cfr. F. MANCINI, *op. cit.*, 547; R. BORTONE, *Commento all'art. 36*, cit., 646 ss.; G.G. BALANDI, *Le «clausole a favore dei lavoratori» e l'estensione dell'applicazione del contratto collettivo*, RTDPC, 1973, 710.

<sup>(1638)</sup> Art. 36 comma 2 St. lav.

<sup>(1639)</sup> Sul punto vedi F. MANCINI, *op. cit.*, 552.

<sup>(1640)</sup> C. cost. 19 giugno 1998, n. 226, GC, 1998, I, 2423, nt. PERA. Con tale sentenza la Consulta ha esteso la portata dell'art. 36 St. lav. anche alle imprese concessionarie di pubblici servizi, dichiarandone l'incostituzionalità per contrasto con l'art. 3, primo comma, Cost., «nella parte in cui non prevede che, nelle concessioni di pubblico servizio, deve essere inserita la clausola esplicita determinante l'obbligo per il concessionario di applicare o far applicare nei confronti dei lavoratori dipendenti condizioni non inferiori a quelle risultanti dai contratti collettivi di lavoro della categoria e della zona».

<sup>(1641)</sup> Così E. GHERA, *op. cit.* 135.

prevede la mera adozione di uno schema di riferimento per la definizione concreta delle condizioni da praticare ai lavoratori <sup>(1642)</sup>. Ad avvalorare tale interpretazione, si è rilevato che la clausola dell'art. 36 St. lav. è rivolta al capitolato d'appalto e non al contratto di lavoro, perciò è l'imprenditore che si assoggetta liberamente, vincolandosi al rispetto della disciplina collettiva solo nel momento in cui stipula il contratto con la pubblica amministrazione <sup>(1643)</sup>. Per questo motivo l'adozione di tali criteri selettivi non è diretta al riconoscimento di un peculiare regime giuridico ai contratti collettivi richiamati, ma si giustifica nell'ambito di un meccanismo legislativo che opera su un piano sostanziale ed è adeguato al raggiungimento di interessi generali <sup>(1644)</sup>.

Tali considerazioni spiegano la configurazione delle clausole sociali, accolta dalla dottrina e dalla giurisprudenza dominante <sup>(1645)</sup>, come pattuizioni a favore di terzi indeterminati, ma determinabili, ex artt. 1411-1414 c.c., aventi ad oggetto il diritto a determinati trattamenti subordinatamente all'adempimento di una corrispettiva obbligazione di lavoro. Di conseguenza l'obbligo di applicare condizioni non inferiori a quelle fissate dalla contrattazione collettiva non è munito di efficacia reale ma subordinato all'effettivo inserimento della clausola nella *lex specialis* <sup>(1646)</sup>. È consolidato, infatti, l'orientamento giurisprudenziale secondo cui l'obbligo stabilito dall'art. 36 di applicare o fare applicare nei confronti dei lavoratori condizioni non inferiori a quelle risultanti dai contratti collettivi della categoria e della zona, non opera di diritto ma sia condizionato all'effettivo inserimento di tale "clausola sociale" nei provvedimenti di concessione e nei capitolati d'appalto. Detta previsione, ove inserita, «costituisce una pattuizione a favore del terzo lavoratore il quale può fondare direttamente su di essa le proprie pretese nei confronti del datore di lavoro; mentre, nell'ipotesi di omessa inserzione, non è configurabile un diritto dei dipendenti di fruire del trattamento minimo previsto dalla contrattazione collettiva, dovendosi escludere che

<sup>(1642)</sup> Cfr. S. CENTOFANTI, *sub art. 36*, in *Commentario dello Statuto dei lavoratori*, diretto da U. PROSPETTI, II, Giuffrè, 1975, 1195, che ha ravvisato nella disposizione in esame una «risposta alternativa e in positivo all'esigenza espressa nel comma 4 dell'art. 39 Cost.».

<sup>(1643)</sup> Per approfondire cfr. F. MANCINI, *op. cit.*, 547; R. BORTONE, *op. cit.*, 650, la quale osserva che l'argomento essenziale per escludere il sospetto di incostituzionalità della norma con riferimento all'art. 39, comma 4, Cost., è la constatazione che essa si rivolge alla pubblica amministrazione e non al datore di lavoro.

<sup>(1644)</sup> Così G. VARDARO, *Differenze di funzioni e di livelli fra contratti collettivi*, LD, 1987, 353; sul punto v. anche C. ROMEO, *Impresa assistita e diritto del lavoro*, Giuffrè, 1988, 168.

<sup>(1645)</sup> Cfr. Cass. 21 dicembre 1991, n. 13834, *GI*, 1993, I, 640; Cass. 25 luglio 1998, n. 7333, *RIDL*, 1999, II, 459, nt. BELLAVISTA; Cass. 10 marzo 1999, n. 2108, *MGL*, 1999, 378; Cass. 23 aprile 1999, n. 4070, *OGL*, 1999, I, 309. In dottrina v. S. CENTOFANTI, *op. cit.*, 1224; C. ASSANTI, *Commento all'art. 36*, in *Commento allo statuto dei lavoratori*, C. ASSANTI - G. PERA, Cedam, 1972, 421; F. MANCINI, *op. cit.*, 551; P. TULLINI, *op. cit.*, 50-62, la quale, pur condividendo tale configurazione, mette in luce le difficoltà di adattare perfettamente lo schema del contratto a favore di terzi ad una clausola negoziale il cui contenuto non è riferibile ad una prestazione di attività e si configura come inderogabile.

<sup>(1646)</sup> In dottrina di tale avviso v. E. GHERA, *op. cit.* 136; S. VARVA, *op. cit.*, 337; *contra*, sostenitori dell'efficacia reale di tali clausole cfr. I. ALVINO, *Appalti delle pubbliche amministrazioni e tutela dei lavoratori dipendenti da appaltatori e sub appaltatori*, in *Il lavoro pubblico in Italia*, a cura di U. CARABELLI - M. T. CARINCI, Cacucci, 2010, 281; C. ASSANTI, *op. cit.*, 421; S. CENTOFANTI, *op. cit.*, 1225-1227; F. VINCENTI, *Origine ed attualità della c.d. clausola sociale dell'art. 36 dello Statuto dei Lavoratori*, DL, I, 429 ss. e spec. 438 ss. In particolare tale dottrina ritiene che i singoli lavoratori nella loro qualità di terzo beneficiario sono titolari — verso il promittente datore di lavoro, per effetto della mera stipulazione (o inserzione) della clausola e senza necessità di alcun atto di adesione o accettazione — dei diritti di credito derivanti dall'applicazione dei trattamenti economici e normativi non inferiori al contratto collettivo di categoria e che in caso di mancata inserzione della clausola nel bando di gara troverà applicazione l'art. 1339 c.c. con conseguente integrazione del contenuto negoziale attraverso il meccanismo della inserzione automatica della clausola sociale.

possa trovare applicazione il meccanismo di integrazione contrattuale previsto dall'art. 1339 c.c.»<sup>(1647)</sup>.

Punto problematico della clausola sociale di cui all'art. 36 St. lav. è l'assenza di un esplicito criterio selettivo che permetta di individuare quale sia il contratto collettivo cui riferirsi. Il rischio di tale mancanza è che l'appaltatore possa selezionare a suo piacimento il contratto collettivo da applicare. Tale lacuna è stata parzialmente colmata dalla dottrina e dalla giurisprudenza tramite un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 36 St. lav. In particolare si è affermato che, essendo valido e precettivo anche nell'ambito degli appalti pubblici il parametro costituzionale della retribuzione proporzionata e sufficiente ex art. 36 Cost., sia possibile selezionare il contratto collettivo da applicare utilizzando il concetto di categoria di cui all'art. 2070 c.c.<sup>(1648)</sup>. Ne consegue che l'intesa collettiva di riferimento possa essere individuata nel contratto collettivo, nazionale o territoriale, relativo al settore più coerente con l'attività oggetto dell'appalto. In presenza di più contratti collettivi astrattamente applicabili, soddisferà la clausola sociale ex art. 36 St. lav. quello sottoscritto dai sindacati maggiormente (o comparativamente più) rappresentativi<sup>(1649)</sup>.

La bontà degli indirizzi interpretativi illustrati è testimoniata dal fatto che questi trovino oggi esplicito riscontro nel Codice degli Appalti pubblici (d. lgs. n. 163/2006), che ha definitivamente consacrato il modello normativo delle clausole sociali.

### 3.1 Le clausole sociali nel Codice degli appalti: a) costo del lavoro e tutela delle retribuzioni.

Con il Codice dei contratti pubblici, emanato per recepire le direttive europee 2004/17/CE e 2004/18/CE, il legislatore italiano ha reso sistemica la volontà di perseguire il buon andamento della pubblica amministrazione nell'aggiudicazione degli appalti pubblici, tramite l'imposizione di determinati *standard* sociali minimi alle imprese appaltatrici sia nella fase di aggiudicazione che in quella di esecuzione dell'appalto. Disposizioni chiave, in tal senso, risultano l'art. 82, comma 3-bis e la clausola sociale di cui all'art. 118 comma 6, del Codice degli appalti pubblici.

Con la prima norma, introdotta dalla l. 98/2013, il legislatore regola l'aggiudicazione secondo il criterio di selezione dell'offerta del "prezzo più basso" sancendo espressamente che il prezzo più basso è determinato al netto delle spese relative al costo del personale, valutato sulla base dei minimi salariali definiti dalla contrattazione collettiva, nazionale ed integrativa di settore, tra le organizzazioni sindacali dei lavoratori e le organizzazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale.

<sup>(1647)</sup> Così Cass. 10 marzo 1999, n. 2108, cit.; analogamente Cass. 23 aprile 1999, n. 4070, cit.; Cass. 5 giugno 1997, n. 5027, *RGL*, 1998, II, 231; Cass. 21 dicembre 1991, n. 13834, cit.; Cass. 28 novembre 1986, n. 7041, *GC*, 1987, I, 865.

<sup>(1648)</sup> Cfr. Cass., SU, 26 marzo 1997, n. 2665; Cass. 25 luglio 1998, n. 7333, cit.; Cass. 4 settembre 2003, n. 12915, *RIDL*, 2004, II, 319, nt. PANAIOTTI; In dottrina v. A. BELLAVISTA, *La clausola sociale dell'art. 36 st. lav. e l'art. 2070 c.c.*, *RIDL*, 1999, II, 462 ss.; R. BORTONE, *op. cit.*, 651.

<sup>(1649)</sup> Tale interpretazione sembra del resto suggerita anche dalla convenzione OIL 94/1949 che parla di «clausole che garantiscano ai lavoratori interessati salari e altre condizioni di lavoro non meno favorevoli di quelle stabilite per mezzo di contratti collettivi [stipulati da] organizzazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori che rappresentano rispettivamente una proporzione considerevole dei datori di lavoro e dei lavoratori della professione o dell'industria interessate».

L'effettività e la cogenza di tale disposizione, presidio indispensabile per assicurare la congruità del costo della manodopera e un lavoro dignitoso per i lavoratori delle imprese appaltatrici, è garantita dalla regolamentazione dell'intera procedura di verifica e di controllo delle offerte.

In particolare alle pubbliche amministrazioni committenti, che nella predisposizione delle gare di appalto di lavori, servizi e forniture devono valutare l'adeguatezza e la sufficienza dell'offerta rispetto ai costi del lavoro e della sicurezza (da quantificare specificamente rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori) <sup>(1650)</sup>, è richiesto di predeterminare già al momento della redazione del bando l'importo dei trattamenti retributivi minimi sottratti al ribasso e di vigilare nel corso della procedura di aggiudicazione sulle offerte presentate, posto che, ex dell'art. 87, comma 3, «non sono ammesse giustificazioni in relazione a trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge».

Quest'ultima disposizione, se interpretata in senso letterale, potrebbe apparire *prima face* in contrasto con la direttiva 2004/18/CE, in quanto sembrerebbe disegnare «un impianto teso ad escludere che le imprese possano addurre giustificazioni ad offerte anormalmente basse facendo riferimento al costo del lavoro (tendenzialmente) parametrato sui minimi di trattamento economico e normativo previsti nei contratti collettivi nazionali e/o territoriali vigenti». Vi sarebbe incompatibilità con quanto sancito dall'art. 55, par. 1, lett. d), Dir. 2004/18/CE che riconosce espressamente alle imprese aggiudicatrici la possibilità di «giustificare un'offerta anormalmente bassa, anche facendo riferimento ai trattamenti salariali e normativi vigenti nello Stato membro, nella regione o nella località in cui deve essere effettuata la prestazione» <sup>(1651)</sup>.

Tali rilievi non paiono condivisibili e sono facilmente superabili alla luce di un'interpretazione sistematica dell'intera procedura di verifica dell'anomalia dell'offerta. Infatti l'art. 88, comma 4, del Codice impone alla pubblica amministrazione committente, prima di escludere l'offerta ritenuta eccessivamente bassa, di convocare l'impresa offerente ed invitarla a indicare ogni elemento che ritenga utile per giustificare l'importo stimato. È pressoché univoco l'orientamento del Consiglio di Stato, secondo il quale «i valori del costo del lavoro risultanti dalle tabelle ministeriali non costituiscono un limite inderogabile, ma pur sempre un parametro di valutazione della congruità dell'offerta, di modo che l'eventuale scostamento da tali parametri delle relative voci di costo, pur non legittimando *ex se* un giudizio di anomalia, può essere accettato sempre che risulti puntualmente e rigorosamente giustificato». Ne consegue una doverosa verifica in ordine al rispetto del vincolo di coerenza con le tabelle anzidette, mediante la ricerca di una giustificazione specifica ed adeguata dallo scostamento delle singole voci di costo dai relativi parametri <sup>(1652)</sup>.

<sup>(1650)</sup> Così art. 86, comma 3-bis del Codice. Si segnala anche l'art. 87, comma 3-bis specifica che «il costo del lavoro è determinato periodicamente, in apposite tabelle, dal Ministro del lavoro e della previdenza sociale, sulla base dei valori economici previsti dalla contrattazione collettiva stipulata dai sindacati comparativamente più rappresentativi, delle norme in materia previdenziale ed assistenziale, dei diversi settori merceologici e delle differenti aree territoriali. In mancanza di contratto collettivo applicabile, il costo del lavoro è determinato in relazione al contratto collettivo del settore merceologico più vicino a quello preso in considerazione».

<sup>(1651)</sup> Così S. COSTANTINI, *La finalizzazione sociale degli appalti pubblici. Le "clausole sociali" fra tutela del lavoro e tutela della concorrenza*, CSDLE, *it.*, n. 196/2014, 24-26.

<sup>(1652)</sup> Così C. Stato, sez. V, 9 aprile 2015, n. 1813; conformi, per citare solo le più recenti C. Stato, sez. VI, 5 giugno 2015, n. 2770, *Appalti&Contratti*; C. Stato, sez. III, 2 marzo 2015, n.1020, *Appalti&Contratti*; C. Stato, sez. V, 12 gennaio 2015, n. 32, *Appalti&Contratti*; C. Stato, sez. V, 24 luglio 2014, n. 3937, *Appalti&Contratti*; C. Stato, sez. III, 9 luglio 2014, n.3492, *Appalti&Contratti*; C. Stato, sez. IV, 22 marzo 2013, n.1633, *Appalti&Contratti*; C. Stato, sez. VI, 21 luglio 2010, n. 4783, *Appalti&Contratti*; C. Stato, sez. V, 12

Una recentissima pronuncia si è spinta sino a dichiarare che «i decreti ministeriali sul costo del lavoro hanno un valore solo indicativo, esprimendo un dato medio suscettibile di scostamenti in relazione alle caratteristiche della fattispecie. Essi rilevano, quindi, solo come componente motivazionale delle giustificazioni da fornire alla stazione appaltante» <sup>(1653)</sup>.

Tale interpretazione non fa altro che confermare quanto già chiarito nel 2011 dall'Autorità di vigilanza dei contratti pubblici (di seguito AVCP), la quale ha sostenuto che, sebbene l'art. 87 impedisca ai concorrenti (ed in particolare al concorrente aggiudicatario) di giustificare le offerte presentate sulla base del mancato rispetto dei livelli e dei minimi contrattuali del personale necessario, «il ribasso offerto può essere giustificato da un'organizzazione imprenditoriale più efficiente e dall'impiego di attrezzature che rendano il lavoro della manodopera più produttivo, tutelando al contempo il costo del personale». Del resto è la stessa AVCP a rilevare che «questa interpretazione trova fondamento nella normativa comunitaria (articolo 55 della direttiva 2004/18/CE), secondo cui se per un determinato appalto, talune offerte appaiono anomalmente basse rispetto alla prestazione, l'amministrazione aggiudicatrice, prima di poter respingere tali offerte, richiede per iscritto le precisazioni ritenute pertinenti in merito agli elementi costitutivi dell'offerta in questione» <sup>(1654)</sup>.

Altra norma posta a garanzia della *par condicio* fra gli offerenti, volta a presidiare la genuinità della concorrenza evitando un'asta al ribasso giocata sul *dumping* salariale e sul mancato rispetto della normativa lavoristica, è l'art. 118, comma 6 del Codice, secondo cui l'affidatario è tenuto ad osservare integralmente il trattamento economico e normativo stabilito dai contratti collettivi nazionali e territoriali stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative.

Tale clausola sociale è funzionale al perseguimento dei principi della concorrenza tra imprenditori e della parità di trattamento, anche nel caso di subappalto, ed ha l'effetto di garantire ai lavoratori delle imprese appaltatrici e subappaltatrici determinati *standard* di tutela reddituale ed occupazionale fino alla completa realizzazione dell'opera appaltata. In sostanza le imprese coinvolte nella procedura ad evidenza pubblica devono liberamente concorrere, ma non possono utilizzare come fattore competitivo i trattamenti economici e normativi minimi definiti dai contratti collettivi, in quanto limiti inderogabili ai sensi del combinato disposto degli artt. 36 e 41, comma 2 e 97 Cost. <sup>(1655)</sup>.

È possibile riscontrare una perfetta compatibilità dell'art. 118 comma 6 del Codice degli appalti pubblici con la nozione costituzionale di concorrenza (artt. 41 e 117, co. 2, lett. e, Cost.), in quanto

---

marzo 2009, n. 1451, *Appalti&Contratti*. In dottrina si rinvia a G. FONDERICO, *La selezione delle offerte e la verifica dell'anomalia* (artt. 81-89), in *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Giappichelli, 2010, 508-510.

<sup>(1653)</sup> Così C. Stato, sez. VI, 14 agosto 2015, n. 3935, *Appalti&Contratti*.

<sup>(1654)</sup> Così AVCP, *Prime indicazioni sui bandi tipo: tassatività delle cause di esclusione e costo del lavoro*, 29 settembre 2011.

<sup>(1655)</sup> Sul punto cfr. A. MARESCA, *Appunti preliminari su contrattazione collettiva e "liberalizzazione" dei servizi pubblici*, *Qad. Agnes.*, 2001, vol. I, 38; S. COSTANTINI, *Limiti all'iniziativa economica privata e tutela del lavoratore subordinato: il ruolo delle c.d. "clausole sociali"*, *Ianus*, 2011, 216 ss. Degna di nota è anche la riflessione di F. CARNELUTTI, *Sul contratto di lavoro relativo ai pubblici servizi assunti da imprese private*, cit., 416; secondo il quale le finalità essenziali dell'ente pubblico gli impongono di operare in maniera distinta dalle imprese private assumendo un ruolo di *model employer*.

la clausola sociale rientra sicuramente tra le «disposizioni che perseguono fini riconducibili all'esigenza di evitare comportamenti delle imprese idonei ad alterare le regole concorrenziali»<sup>(1656)</sup>, oltretutto, riprendendo le argomentazioni della Corte costituzionale per l'art. 36 St. lav., costituire presidio e garanzia del buon andamento della pubblica amministrazione ex art. 97 Cost.<sup>(1657)</sup>. Tale lettura è perfettamente in linea con l'ordinamento europeo, posto che lo stesso art. 26 Dir. 2004/18/CE — sancendo che le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere condizioni particolari in merito all'esecuzione dell'appalto basate su considerazioni sociali ed ambientali, purché compatibili con il diritto comunitario e precisate nel bando di gara o nel capitolato d'onere — pare legittimare l'adozione di clausole sociali quale mezzo per «promuovere appalti pubblici socialmente responsabili e mirare ad una conformità più estesa con gli standard sociali»<sup>(1658)</sup>.

Più controverso risulta il rapporto e la conciliabilità tra l'art. 118, comma 6 del Codice degli appalti pubblici e l'art. 39 Cost. Infatti se per la clausola sociale di cui all'art. 36 St. lav. si è potuto affermare senza salti logici che «non [si] realizza un'estensione della sfera di efficacia soggettiva dei contratti collettivi richiamati, [che] assumono invece la funzione di termine di raffronto, nel senso di fornire una semplice indicazione di minimo livello normativo e retributivo da rispettare»<sup>(1659)</sup>, appare problematica l'estensione della medesima interpretazione. Stando alla lettera dell'art. 118, co. 6 del Codice, l'obbligo di applicare e far applicare i contratti collettivi sembrerebbe direttamente costituito *ex lege* in capo all'appaltatore, con conseguente trasformazione del contratto collettivo in fonte di diritto oggettivo<sup>(1660)</sup>. Tali considerazioni hanno portato autorevole dottrina a dubitare della legittimità sotto il profilo della libertà sindacale negativa e della libertà datoriale di scelta del contratto collettivo<sup>(1661)</sup>.

Sebbene le criticità rilevate meritino un'attenta riflessione in quanto evidenziano una (quanto meno) ambigua formulazione dell'art. 118 comma 6 del Codice, i dubbi di costituzionalità potrebbero essere superati con una lettura sistematica che consideri complessivamente la fase di selezione/aggiudicazione e quella di esecuzione dell'opera.

<sup>(1656)</sup> Così C. cost. 12 febbraio 2010, n. 45, cit. Si rinvia al paragrafo 2.1 per l'analisi della nozione costituzionale di concorrenza.

<sup>(1657)</sup> Emblematico il passaggio di C. cost. 19 giugno 1998, n. 226, cit.; secondo cui la clausola sociale contenuta nell'art. 36 St. lav. «risponde all'esigenza - laddove nell'esercizio dell'attività imprenditoriale intervenga la PA - di garantire uno standard minimo di tutela ai lavoratori coinvolti» necessario per conseguire una «migliore realizzazione dell'interesse pubblico, secondo i principi della concorrenza tra imprenditori (per ottenere la pubblica amministrazione le condizioni più favorevoli) e della parità di trattamento dei concorrenti della gara (per assicurare il miglior risultato della procedura concorsuale senza alterazioni e/o trattative)».

<sup>(1658)</sup> Così COMMISSIONE EUROPEA, *Acquisti sociali. Una guida alla considerazione degli aspetti sociali negli appalti pubblici*, 2011, 5.

<sup>(1659)</sup> Così Cass. 21 dicembre 1991, n. 13834, *GI*, 1993, I, 640, nt. PICCININI. Conformi cfr. Cass. 8 settembre 2014, n. 8860, *MGC*, 2014; Cass. 25 luglio 1998, n. 7333, *RIDL*, 1999, II, 459, nt. BELLAVISTA.

<sup>(1660)</sup> Così in G. GIUGNI, *Diritto sindacale*, Cacucci, 2012, 144; nel quale si legge che, nell'ambito di applicazione dell'art. 118, co. 6, d. lgs. 163/2006, «non si tratta più di un obbligo per la pubblica amministrazione di inserire nel contratto con l'imprenditore privato una clausola del tenore indicato, ma di un vincolo giuridico direttamente scaturente dalla legge».

<sup>(1661)</sup> Tale rilievo in dottrina è stato sollevato da F. SCARPELLI, *Regolarità del lavoro e regole della concorrenza: il caso degli appalti pubblici*, cit., 772; I. ALVINO, *Appalti delle pubbliche amministrazioni e tutela dei lavoratori dipendenti da appaltatori e sub-appaltatori*, cit., 56; S. COSTANTINI, *La finalizzazione sociale degli appalti pubblici. Le "clausole sociali" fra tutela del lavoro e tutela della concorrenza*, cit., 35; S. VARVA, *Il lavoro negli appalti pubblici*, in *Esternalizzazioni e tutela dei lavoratori*, a cura di M. AIMO - D. IZZI, Utet, 2014, 214-215; il quale sottolinea che «sebbene permangano dubbi sulla tenuta della previsione regolamentare sul piano della gerarchia delle fonti, la scelta di individuare un "contratto unico" di riferimento risponde alla condivisibile esigenza di smarcare dal gioco al ribasso delle offerte il costo relativo agli oneri sociali, imponendo una soglia di "trattamento lavorativo decente" definito dalle parti sociali più rappresentative e non modificabile *in pejus* dai concorrenti».

In particolare la previsione di cui all'art. 118, co. 6, va letta alla luce dell'interpretazione costituzionalmente orientata fornita dalla giurisprudenza amministrativa al combinato disposto degli artt. 82, comma 3-bis, 86, comma 3-bis, e 87, comma. 3, del codice degli appalti.

Il Consiglio di Stato ha sancito che dall'esame del combinato disposto degli artt. 82, comma 3-bis, 86, comma 3-bis, e 87, comma 3, del codice dei contratti pubblici si può desumere che, sebbene i costi del personale siano indicati come non ribassabili, ciò non toglie che l'imprenditore possa legittimamente giustificare un ribasso del costo netto del personale qualora dimostri che il risparmio è ottenuto da una migliore e più efficiente organizzazione del lavoro che non incide sul livello retributivo complessivo dei lavoratori. Poiché «i costi apprezzati dalla stazione appaltante sono costi medi, tipologici che non vincolano tutte le imprese (diverse per natura, caratteristiche, agevolazioni e sgravi fiscali ottenibili)», devono considerarsi anomalmente basse solo le offerte che si discostino in modo evidente dai costi medi del lavoro indicati nelle tabelle del Ministero del lavoro in base ai valori previsti dalla contrattazione collettiva. Infatti, «i costi medi costituiscono non parametri inderogabili ma indici del giudizio di adeguatezza dell'offerta, con la conseguenza che è ammissibile l'offerta che da essi si discosti, purché lo scostamento non sia eccessivo e vengano salvaguardate le retribuzioni dei lavoratori, così come stabilito in sede di contrattazione collettiva» <sup>(1662)</sup>.

Ancora più esplicitamente una recente pronuncia del Consiglio di Stato ha affermato che «in assenza di una diversa specifica previsione nella *lex specialis* di gara, l'equipollenza del ccnl non può che riguardare le prestazioni che devono essere rese ai fini del corretto svolgimento del servizio in questione» non rilevando «le eventuali differenze retributive contenute nei diversi ccnl, fermo restando il rispetto di quanto previsto dall'art. 86 del codice sui costi per il personale». Tale valutazione di congruità dei costi dovrà essere compiuta dall'Amministrazione «in modo globale e sintetico con riguardo alla serietà dell'offerta nel suo complesso e non con riferimento alle singole voci di costo» <sup>(1663)</sup>.

In altre parole lo scopo di indicare un contratto di categoria, nel procedere alla determinazione delle condizioni economiche da sottrarre al ribasso, è quello di garantire un livello retributivo equiparabile al valore medio delle retribuzioni dei lavoratori delle imprese che ordinariamente esercitano l'attività oggetto dell'appalto. Ne consegue che, l'inserimento nel bando di gara dell'obbligo di rispettare uno specifico contratto collettivo non può escludere *ex se* la partecipazione di una impresa del settore la quale, pur applicando un differente contratto collettivo, garantisce trattamenti retributivi non peggiorativi e comunque conformi al precetto di cui all'art. 36 Cost. Interpretando diversamente ci si porrebbe in palese contrasto con il principio della libertà di scelta del contratto collettivo protetto dall'art. 39 Cost. <sup>(1664)</sup>.

Se così stanno le cose, per motivi logici e di sistema le medesime direttrici interpretative dovranno essere seguite anche nell'interpretare l'art. 118, comma 6, del Codice il quale, specularmente alle disposizioni sopra analizzate, tutela i livelli retributivi dei lavoratori delle imprese appaltatrici e

<sup>(1662)</sup> Così C. Stato, sez. III, 2 aprile 2015, n. 1743, *Appalti&Contratti*. Per ulteriori riferimenti giurisprudenziali conformi si rinvia alla giurisprudenza citata alla nota 55.

<sup>(1663)</sup> Così C. Stato, sez. III, 3 luglio 2015, n. 3329, *Appalti&Contratti*; conformi C. Stato, sez. VI, 26 maggio 2015, n. 2662, *Appalti&Contratti*; C. Stato, sez. V, 6 maggio 2015, n. 2662, *Appalti&Contratti*.

<sup>(1664)</sup> Sul punto cfr. TAR Piemonte, sez. I, 9 gennaio 2015, n. 23, *Appalti&Contratti*; TAR Toscana, sez. I, 11 luglio 2013, n. 1160, *Appalti&Contratti*; TAR Sardegna, sez. I, 19 maggio, 2009, n. 724, *Appalti&Contratti*.



subappaltatrici nella fase di esecuzione dell'appalto. In particolare la previsione secondo cui «l'affidatario è tenuto ad osservare integralmente il trattamento economico e normativo stabilito dai contratti collettivi nazionali e territoriali in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni», va intesa come un rinvio materiale alla contrattazione collettiva e dunque inidoneo a configurare un preciso dovere di applicare la disciplina collettiva esistente né tanto meno in grado di operare un'estensione *ex lege* dell'ambito di efficacia dei contratti collettivi. La clausola sociale considerata non è diretta al riconoscimento di un peculiare regime giuridico ai contratti collettivi ma si giustifica quale parametro di riferimento, nell'ambito di un meccanismo legislativo che opera su un piano tipicamente sostanziale, ed è adeguato al raggiungimento di interessi costituzionalmente protetti (artt. 36 e 97 Cost.). Del resto tale intervento legislativo è perfettamente rispettoso dell'autonomia contrattuale posto che l'imprenditore decide liberamente di partecipare all'appalto, vincolandosi al rispetto della disciplina collettiva solo nel momento in cui stipula il contratto con la pubblica amministrazione <sup>(1665)</sup>.

In conclusione, analizzando la disciplina codicistica in un'ottica d'insieme, è possibile leggere nell'intervento del legislatore la volontà di rendere permanente e tendenzialmente omnicomprensiva la connessione tra l'attività economica e contrattuale della pubblica amministrazione e la garanzia di condizioni contrattuali minime per i lavoratori già tratteggiata dall'art. 36 St. lav.

### 3.2 (segue) b) le clausole sociali di tutela dei livelli occupazionali.

Accanto alle disposizioni sociali di tutela minimale, poste a presidio di condizioni di lavoro dignitose, il legislatore si è mostrato sensibile anche alle esigenze di stabilità del lavoro, in caso di successione di imprese nella fase di esecuzione dell'appalto pubblico. Sviluppando una tendenza già presente nell'ordinamento e riscoperta con sempre maggior frequenza a partire dalla fine degli anni Novanta <sup>(1666)</sup> il Codice dei lavori pubblici prevede specifiche disposizioni volte ad incentivare l'inserimento nei bandi di gara di clausole finalizzate alla salvaguardia dell'occupazione dei lavoratori già assunti dai precedenti gestori del servizio e/o attività oggetto di appalto pubblico. Tali previsioni segnano un deciso passo in avanti del modello delle clausole sociali, concepite non più e non solo in un'ottica individuale di garanzia della retribuzione, ma anche come disposizioni finalizzate al perseguimento di un interesse generale: la stabilità del lavoro nell'appalto pubblico <sup>(1667)</sup>.

<sup>(1665)</sup> Sul punto cfr. F. MANCINI, *sub art. 36*, cit., 547; S. VARVA, *Le clausole sociali*, 2011, cit., 342.

<sup>(1666)</sup> Il riferimento è all'art. 26 del r.d. 8 gennaio 1931, n.148 (*Coordinamento delle norme sulla disciplina giuridica dei contratti collettivi del lavoro con quelle del trattamento giuridico-economico del personale delle ferrovie, tranvie e linee di navigazione interna in regime di concessione*) e ai più recenti art. 63, comma 4, d. lgs. 13 aprile 1999, n. 112 (*Riordino del servizio nazionale della riscossione, in attuazione della delega prevista dalla legge 28 settembre 1998, n. 337*) e art. 29, comma 3, d. lgs. 10 settembre 2003, n. 276 (*Attuazione delle deleghe in materia di occupazione e mercato del lavoro, di cui alla legge 14 febbraio 2003, n.30*).

<sup>(1667)</sup> Sul punto cfr. E. GHERA, *Le c.d. clausole sociali: evoluzione di un modello di politica legislativa*, cit., 144-145; il quale parla di una «mutazione funzionale delle clausole sociali» da norme di tutela minimale a norme di vincolo alla libertà dell'impresa e alla stessa autonomia collettiva.



"Norma archetipo" <sup>(1668)</sup> in questo senso è l'art. 69 del Codice dei lavori pubblici, che autorizza le stazioni appaltanti ad esigere condizioni particolari per l'esecuzione del contratto attinenti ad esigenze sociali o ambientali, purché compatibili con il diritto comunitario e siano precisate nel bando di gara o nel capitolato d'onere <sup>(1669)</sup>. Tale norma è da leggersi in combinato disposto con l'art. 2, comma 2, che, nel fissare i principi che reggono l'architettura del Codice degli appalti, stabilisce che «il principio di economicità può essere subordinato [...] ai criteri, ispirati ad esigenze sociali, nonché alla tutela della salute e dell'ambiente e alla promozione dello sviluppo sostenibile».

L'impostazione del legislatore italiano non solo è perfettamente compatibile con il diritto comunitario, visto l'esplicito riconoscimento di tali clausole nel considerando 33 della Dir. 2004/18/CE <sup>(1670)</sup>, ma non fa altro che recepire ciò che veniva suggerito dagli artt. 38 e 26 delle Direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, disciplinanti le condizioni di esecuzione dell'appalto <sup>(1671)</sup>. Tali norme

<sup>(1668)</sup> Così la definisce S. COSTANTINI, *La finalizzazione sociale degli appalti pubblici. Le "clausole sociali" fra tutela del lavoro e tutela della concorrenza*, cit., 45.

<sup>(1669)</sup> Così art. 69, commi 1 e 2, d. lgs. 163/2006. L'articolo in commento prevede, ai commi successivi, la possibilità per la stazione appaltante di sottoporre le particolari condizioni all'ANAC ai fini di verificarne, entro 30 giorni, la compatibilità con il diritto europeo e l'obbligo per le imprese partecipanti alla gara di dichiarare di accettare e rispettare, in caso di aggiudicazione dell'appalto, le condizioni particolari previste nel bando.

<sup>(1670)</sup> Ai sensi del quale «le condizioni di esecuzione di un appalto sono compatibili con la presente direttiva a condizione che non siano, direttamente o indirettamente, discriminatorie e siano indicate nel bando di gara o nel capitolato d'onere. In particolare esse possono essere finalizzate alla formazione professionale nel cantiere, alla promozione dell'occupazione delle persone con particolari difficoltà di inserimento, alla lotta contro la disoccupazione o alla tutela dell'ambiente. A titolo di esempio, si possono citare, tra gli altri, gli obblighi applicabili all'esecuzione dell'appalto di assumere disoccupati di lunga durata o di introdurre azioni di formazione per i disoccupati o i giovani, di rispettare in sostanza le disposizioni delle convenzioni fondamentali dell'Organizzazione internazionale del lavoro (OIL) nell'ipotesi in cui non siano state attuate nella legislazione nazionale, di assumere un numero di persone disabili superiore a quello stabilito dalla legislazione nazionale». Ancora più chiara è stata la Commissione Europea, *Acquisti sociali. Una guida alla considerazione degli aspetti sociali negli appalti pubblici*, cit., nel quale si legge che «potrebbero essere rilevanti i seguenti aspetti sociali: 1. Promozione delle «opportunità di occupazione», ad esempio: promozione dell'occupazione giovanile; promozione dell'equilibrio di genere (ad es. equilibrio tra lavoro/vita privata, lotta alla segregazione settoriale e occupazionale e così via); promozione delle opportunità di occupazione per i disoccupati di lunga durata e i lavoratori anziani; politiche a favore della diversità e opportunità di occupazione per le persone appartenenti a gruppi svantaggiati (ad es. lavoratori migranti, minoranze etniche, minoranze religiose, persone con un basso livello di istruzione e così via); promozione delle opportunità di occupazione per le persone con disabilità, anche attraverso gli ambienti inclusivi e accessibili. 2. Promozione del «lavoro dignitoso». [...] 3. Promozione dell'osservanza dei «diritti sociali e lavorativi» quali: osservanza delle normative e dei contratti collettivi nazionali conformi con il diritto dell'UE; osservanza del principio della parità di trattamento tra uomini e donne, tra cui il principio della parità di retribuzione per il lavoro di uguale valore e la promozione della parità di genere; osservanza delle normative in materia di salute e di sicurezza sul luogo di lavoro; lotta alla discriminazione basata su altri criteri (età, disabilità, razza, religione o convinzioni personali, orientamento sessuale e così via) e creazione di pari opportunità. 4. Supporto dell'«inclusione sociale» e promozione delle organizzazioni dell'economia sociale. [...] 5. Promozione dell'«accessibilità e progettazione per tutti» [...]. 6. Considerazione degli aspetti legati al «commercio etico» [...] 7. Sforzo teso a ottenere un impegno più esteso di natura volontaristica verso la «responsabilità sociale di impresa» (RSI), ovvero far sì che le aziende superino volontariamente i vincoli normativi nel perseguimento degli obiettivi ambientali e sociali nelle proprie attività quotidiane. 8. Protezione dall'inosservanza dei diritti umani e promozione del rispetto degli stessi. 9. Promozione delle piccole e medie imprese [...]».

<sup>(1671)</sup> L'art. 38 Dir. 2004/17/CE sancisce che «gli enti aggiudicatori possono esigere condizioni particolari in merito all'esecuzione dell'appalto purché siano compatibili con il diritto comunitario e siano precisate nell'avviso con cui si indice la gara o nel capitolato d'onere. Le condizioni di esecuzione di un appalto possono basarsi in particolare su considerazioni sociali e ambientali». Analogamente ai sensi dell'art. 26 Dir. 2004/18/CE «le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere condizioni particolari in merito all'esecuzione dell'appalto purché siano compatibili con il diritto comunitario e siano precisate nel bando di gara o nel capitolato d'onere. Le condizioni di esecuzione di un appalto possono basarsi in particolare su considerazioni sociali e ambientali». Per una ricostruzione della normativa europea sulle clausole sociali si rinvia a P. CERBO, *La scelta del contraente negli appalti pubblici fra concorrenza e tutela della «dignità umana»*, *Foro Amm. TAR*, 2010, 1875.

autorizzano gli Stati membri a prevedere la possibilità per le stazioni appaltanti di inserire nei contratti d'appalto clausole di tutela dell'occupazione, quali condizioni per l'esecuzione dell'opera/servizio commissionato. La scelta di lasciare ampia discrezionalità agli Stati membri nel definire i contenuti delle "clausole particolari" poste a presidio e garanzia della coesione sociale e territoriale, è perfettamente in linea con il *modus operandi* già sperimentato per i servizi di interesse economico generale, di cui agli artt. 14 e 106 TFUE <sup>(1672)</sup>.

Sancire la discrezionalità dell'amministrazione committente circa i contenuti delle condizioni particolari di esecuzione dell'opera o del servizio, non significa affermare una piena e incondizionata libertà di scelta del contraente <sup>(1673)</sup>. Tale precisazione è doverosa e richiede un approfondimento, per prevenire la possibile obiezione circa la dubbia compatibilità con la libertà di prestazione di servizi e, in generale, con il principio di concorrenza del mercato. Sul punto si segnala che l'art. 2, comma 2, del Codice degli appalti permette di derogare per esigenze sociali al solo principio di economicità, facendo salvi gli altri principi regolatori (efficacia, tempestività, correttezza, libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, pubblicità) sanciti dal comma 1 del medesimo art. 2. La conseguenza è che la stazione appaltante potrà decidere discrezionalmente di prevedere l'inserimento di una clausola sociale incidente sull'individuazione della migliore offerta, purché nel rispetto dei principi richiamati dal 1° comma dell'art. 2, tra i quali spicca prioritariamente la libertà di concorrenza declinata nei suoi corollari di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità e pubblicità. Nella fase di esecuzione dell'appalto pubblico la libertà di concorrenza è garantita non dall'affidamento al soggetto la cui offerta risulta economicamente migliore, ma dalla salvaguardia della non discriminazione e parità di trattamento nella scelta del contraente. Ne deriva che, qualora si inserisca una clausola di tutela dell'occupazione in caso di passaggio o successione di appalto, la concorrenza sarà garantita e pienamente rispettata se, e solo se, la clausola sia valida e vincolante per qualunque operatore economico <sup>(1674)</sup>.

Per quanto concerne specificatamente il rispetto del principio di pubblicità, l'Autorità sui contratti pubblici è intervenuta in più occasioni chiarendo che per onorare gli obblighi di informazione richiesti dall'art. 69 del Codice la stazione appaltante è tenuta: a) includere la clausola sociale, oltre che nel capitolato tecnico anche nel disciplinare di gara e nel bando; b) dare alla clausola adeguata ed autonoma evidenza, trasponendola in un articolo specifico rubricato "clausola sociale" o espressione equivalente; c) riportare una clausola di identico tenore nello schema di contratto;

<sup>(1672)</sup> Si veda anche l'art. 1, comma 3, Dir. 2006/123/CE ai sensi del quale «la presente direttiva lascia impregiudicata la libertà, per gli Stati membri, di definire, in conformità del diritto comunitario, quali essi ritengano essere servizi d'interesse economico generale, in che modo tali servizi debbano essere organizzati e finanziati, in conformità delle regole sugli aiuti concessi dagli Stati, e a quali obblighi specifici essi debbano essere soggetti».

<sup>(1673)</sup> Sul punto è emblematico il considerando 1 della Direttiva 2004/18/CE ai sensi del quale tramite i criteri di aggiudicazione dell'appalto pubblico vi è «la possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di soddisfare le esigenze del pubblico interessato, tra l'altro in materia ambientale e sociale, purché tali criteri siano collegati all'oggetto dell'appalto e non conferiscano all'amministrazione aggiudicatrice una libertà incondizionata di scelta».

<sup>(1674)</sup> Sul punto v. V. D'ADAMO, *Le clausole sociali negli appalti pubblici: tra libera iniziativa economica e tutela della coesione sociale e territoriale, Urbanistica e appalti*, 2014, I, 7-12.

d) curare che gli operatori economici concorrenti dichiarino in sede di offerta di accettare le condizioni di esecuzione <sup>(1675)</sup>.

In merito al rispetto dei principi di parità di trattamento e non discriminazione la giurisprudenza amministrativa ha elaborato alcuni indici di legittimità delle clausole sociali che possono sintetizzarsi: a) nella necessità di evitare nella loro formulazione rigide forme di automatismo in ordine alla assunzione del personale presso i *new comer*; b) nella congruità tra la durata del nuovo contratto di lavoro con la durata dell'appalto o concessione; c) nella possibilità per l'imprenditore di verificare che il numero di lavoratori da assumere e la loro qualifica siano armonizzabili con l'organizzazione d'impresa <sup>(1676)</sup>.

Tali considerazioni spiegano la *ratio* della previsione dell'art. 69 del Codice che, autorizzando e legittimando le amministrazioni committenti a prevedere nei bandi di gara clausole particolari attinenti ad esigenze sociali o ambientali, punta a realizzare, anche nella fase di esecuzione dell'appalto, un mercato al contempo concorrenziale e socialmente responsabile. Le ragioni sociali soppesate, razionalizzate e proceduralizzate dai principi di parità di trattamento, proporzionalità e pubblicità, giocano un ruolo importante nella selezione dei contraenti. In tale contesto la tutela della concorrenza viene assicurata dalla predeterminazione ed oggettiva verificabilità dei criteri sociali posti alla base della selezione del contraente chiamato ad eseguire, in concreto, l'opera o il servizio pubblico commissionato.

Neppure si pongono problemi per quanto concerne la libera iniziativa economica ex art. 41 Cost., posto che, come chiarito dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, «la c.d. clausola sociale [di assorbimento] va interpretata nel senso che l'appaltatore subentrante deve prioritariamente assumere gli stessi addetti che operavano alle dipendenze dell'appaltatore uscente, a condizione che il loro numero e la loro qualifica siano armonizzabili con l'organizzazione d'impresa prescelta dall'imprenditorie subentrante» <sup>(1677)</sup>. Nessun arbitrario automatismo viene previsto ma, al contrario, è espressamente riconosciuta l'insindacabilità dell'organizzazione d'impresa quale limite naturale alla portata di tali clausole sociali. Tuttavia sarà onere dell'impresa esecutrice dimostrare che, nel passaggio d'appalto, la peculiare organizzazione produttiva ed imprenditoriale non permette di mantenere inalterati i livelli occupazionali senza incidere sulla qualità dell'opera/del servizio appaltato/o <sup>(1678)</sup>.

<sup>(1675)</sup> Sul punto cfr. AVCP 23 gennaio 2013, n. AG 41/12; AVCP 24 aprile 2013, n. AG 28/13 entrambi disponibili su <http://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/>.

<sup>(1676)</sup> Per citare solo le più recenti si v. C. Stato., sez. VI, 27 novembre 2014, n. 5890, *Appalti&Contratti*; C. Stato, sez. III, 9 luglio 2013, n. 3639, *Appalti&Contratti*; C. Stato 5 aprile 2013, n. 1896, *Appalti&Contratti*; C. Stato, sez. IV, 2 dicembre 2013, n. 5725, *Appalti&Contratti*; sul punto si v. anche TAR Puglia Lecce, sez. II, 1° dicembre 2014, n. 2986, *Appalti&Contratti*; Tar Abruzzo Pescara, sez. I, 2 gennaio 2015, 6, *Appalti&Contratti*; Tar Puglia Bari, sez. I, 21 gennaio 2015, n. 108, *Appalti&Contratti*; TAR Piemonte, sez. I, 9 gennaio 2015, n. 23, *Appalti&Contratti*.

<sup>(1677)</sup> Così C. Stato 16 giugno 2009, n. 3900, *DJ*; in linea con tale giurisprudenza si segnala il parere AVCP 23 gennaio 2013, AG 41/12, che ha considerato perfettamente legittima e conforme all'art. 41 Cost. una clausola sociale inserita in un bando promosso dal comune di Asti che sanciva per l'affidatario, in caso di cambio gestione, «l'obbligo di assorbire ed utilizzare prioritariamente nell'espletamento del servizio, qualora disponibili, i lavoratori che già vi erano adibiti quali soci lavoratori o dipendenti del precedente aggiudicatario», sulla base che tale clausola non prevedesse alcun tipo di automatismo ma un mero obbligo di priorità nella scelta dei lavoratori da assumere, a condizione che l'appaltatore ne avesse avuto bisogno. Sul punto si tornerà diffusamente nel paragrafo 4.1.

<sup>(1678)</sup> Tra le opinioni critiche si v. S. COSTANTINI, *La finalizzazione sociale degli appalti pubblici. Le "clausole sociali" fra tutela del lavoro e tutela della concorrenza*, cit., 47; secondo il quale «il generico riferimento ai "fini sociali", di cui all'art. 41, co. 2, Cost., non appare

Tale interpretazione è stata accolta anche da un parere dell'ANAC del 22 luglio 2015 concernente la legittimità di una clausola di garanzia occupazionale contenuta in un bando INAIL per la fornitura di informazioni e consulenza in materia di disabilità. In tale pronuncia l'Autorità ha sancito che il vincolo che la pubblica amministrazione può discrezionalmente imporre nelle condizioni di esecuzione dei bandi pubblici, incontra un limite nella compatibilità con l'organizzazione dell'impresa subentrante. Conformemente alla più recente giurisprudenza amministrativa, viene ribadito che le legittime esigenze sociali devono essere bilanciate con una adeguata tutela della libertà di concorrenza, anche nella forma della libertà imprenditoriale degli operatori economici e potenziali aggiudicatari, i quali assumono un mero obbligo di prioritario assorbimento e utilizzo del personale già impiegato, subordinatamente alla compatibilità con l'organizzazione d'impresa dell'appaltatore subentrante <sup>(1679)</sup>.

In altre parole, al fine di rispettare i principi nazionali e comunitari in materia di libertà di iniziativa imprenditoriale e di concorrenza, la clausola sociale «non deve prevedere automatismi nell'applicazione dell'istituto e deve temperare espressamente l'obbligo di assunzione con la condizione che il numero dei lavoratori e la loro qualifica siano armonizzabili con l'organizzazione d'impresa della ditta aggiudicataria e con le esigenze tecnico-organizzative e di manodopera previste» <sup>(1680)</sup>.

Dalle considerazioni sopra esposte emerge che la sussistenza dell'interesse generale alla stabilità nei servizi pubblici giustifichi la possibilità di promuovere *ex lege* l'introduzione di clausole sociali nei bandi di gara in quanto l'azione del committente pubblico, a differenza di quello privato, può essere funzionalizzata, entro i limiti sanciti dall'ordinamento costituzionale ed europeo, al perseguimento di interessi pubblici o generali di efficienza e buon andamento. Peraltro delle maggiori garanzie sussistenti nel sistema degli appalti pubblici finiscono per beneficiare anche i lavoratori privati, sia direttamente, in quanto dipendenti delle imprese appaltatrici delle pubbliche amministrazioni, sia indirettamente, in quanto il più elevato standard sociale del mercato degli appalti pubblici tenderà a rafforzare le imprese più serie e socialmente affidabili <sup>(1681)</sup>.

---

sufficiente a legittimare restrizioni della libertà di dimensionamento e scelta del personale impiegato nell'azienda, che caratterizzano uno dei nuclei essenziali della libertà di iniziativa economica». Critico con tale interpretazione della giurisprudenza amministrativa è anche G. MELI, *Clausole sociali. "Fair-outsourcing" delle pubbliche amministrazioni e paradigma della proporzionalità (Partell)*, DLM, 2015, 1, 67-88, spec. 71-72, secondo il quale «Tale rudimentale formula di bilanciamento non risulta particolarmente brillante sotto il profilo della logica giuridica, dal momento che se, da un lato, il parametro adoperato rischia di esasperare oltremodo l'incertezza applicativa, e si scontra con il principio del non aggravamento della procedura [...] dall'altro la restrizione che si introduce non supera il test di necessità al fine di tutelare la libertà ex art. 41 Cost., perché non potrebbe comunque revocarsi in dubbio che il principio di continuità dei rapporti di lavoro, quand'anche applicato rigorosamente (e senza riserve), non abbia quale corollario una regola di immodificabilità dell'organico aziendale».

<sup>(1679)</sup> ANAC 22 luglio 2015, n. AG. 58/15, disponibile su <http://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/>, ai sensi del quale «si ritiene, infatti, che la clausola sociale, anche al fine di garantire la sostenibilità dell'impresa sul mercato e dunque la ragione stessa della sussistenza della domanda di lavoro, non possa alterare o forzare la valutazione dell'aggiudicatario in ordine al dimensionamento dell'impresa e, in tal senso, non possa imporre un obbligo di assorbimento di personale, senza adeguata considerazione delle condizioni dell'appalto, del contesto sociale e di mercato o del contesto imprenditoriale in cui dette maestranze si inseriscono».

<sup>(1680)</sup> Così ANAC 22 luglio 2015, n. AG. 58/15, cit.

<sup>(1681)</sup> Tale idea ha trovato una specifica concretizzazione nel recente *progetto di legge di iniziativa popolare in materia di garanzia dei trattamenti dei lavoratori impiegati nelle filiere degli appalti privati e pubblici, contrasto alle pratiche di concorrenza sleale tra imprese, tutela dell'occupazione nei cambi di appalto* promosso dalla CGIL e presentato alla Camera dei Deputati il 4 maggio 2014, nel quale all'art. 2 comma 6 si prevede che «negli appalti assoggettati alla disciplina del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, il committente pubblico, o comunque tenuto al rispetto di tale disciplina, deve inserire nel bando di gara, nel capitolato e nel contratto di appalto

In conclusione, anche nella fase di esecuzione dell'appalto pubblico, la scelta del legislatore pare indirizzata ad una generale armonizzazione e al contemperamento delle ragioni del mercato con quelle sociali e del lavoro, avvalorando, una volta di più, un'interpretazione evolutiva e costituzionalmente orientata dei criteri di efficacia ed efficienza dell'agire pubblico che declini il principio del buon andamento della pubblica amministrazione in un'ottica selettiva non legata esclusivamente al prezzo ma, anche e soprattutto, al miglior rapporto qualità (del lavoro e dunque dell'opera)/prezzo.

#### 4. Le clausole sociali alla luce della giurisprudenza nazionale ed europea.

L'incontro/scontro tra la giurisprudenza nazionale e la Corte di Giustizia europea ha giocato un ruolo chiave nell'emersione dei punti di frizione tra ordinamenti nazionali indirizzati alla tutela delle condizioni di lavoro contro i rischi di *dumping* sociale, e il diritto dell'Unione condizionato dagli obiettivi di tutela della concorrenza e promozione delle libertà economiche <sup>(1682)</sup>. Come si vedrà, la CGUE tende ad adottare una prospettiva rovesciata rispetto a quella dei sistemi nazionali (incentrati sulla primazia dei diritti sociali sulle libertà di mercato), declinando la libertà di prestazione di servizi in senso estensivo e tollerandone limitazioni solo a fronte di ragioni imperative di interesse generale.

Ciò costringe l'interprete a riflettere sugli spazi lasciati aperti alle istanze sociali all'interno di un ordinamento europeo teso a massimizzare la libera competizione nel mercato. Il quesito di fondo verte sulla possibilità di praticare modelli di concorrenza rivolti ad esigenze di carattere sociale, in accordo con l'art. 9 TFUE e alla luce dell'esplicito riconoscimento dei diritti dei lavoratori secondo il titolo IV della Carta dei diritti fondamentali <sup>(1683)</sup>.

##### 4.1 L'indirizzo *pro labour*.

Un ruolo chiave nell'armonizzazione e nel bilanciamento dei diritti sociali con le libertà economiche è stato giocato dalla Corte costituzionale che, preservando un assetto ordinamentale volto a

---

l'obbligo per l'aggiudicatario di garantire la continuità dell'occupazione dei lavoratori già impiegati nell'appalto, eventualmente in proporzione alla diversa configurazione dell'opera o del servizio rispetto al precedente capitolato, quando ciò sia funzionale a garantire la continuità del servizio o sia giustificato dalle specifiche difficoltà o crisi occupazionali del mercato del lavoro territoriale o di settore nel quale rientrano l'opera o il servizio appaltati. Le modalità di adempimento dell'obbligo di cui al presente comma possono essere disciplinate, anche mediante misure dirette a ridurre gli oneri per l'appaltatore subentrante, con accordo collettivo stipulato sulla base dell'adesione maggioritaria dei soggetti partecipanti alla consultazione di cui al comma terzo. L'obbligo di cui all'art. 118, sesto comma del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, comprende il rispetto delle clausole sugli obblighi di assunzione dei lavoratori già impiegati nell'appalto».

<sup>(1682)</sup> Sul punto cfr. B. CARUSO - M. MILITELLO (a cura di), *I diritti sociali tra ordinamento comunitario e Costituzione italiana: il contributo della giurisprudenza multilivello*, CSDLE, coll., n. 1/2011; M. R. ALARCÓN CARACUEL, *La necessità di un capitolo sociale nella futura Costituzione europea*, LD, 2000, 4, 607-619; M. BIAGI, *Intervento*, in *Il dialogo fra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale del lavoro*, AA.VV., Giuffrè, 1994, 207 ss.; V. BRINO, *Diritto del lavoro, concorrenza e mercato. Le prospettive dell'Unione europea*, Cedam, 2012; S. GIUBBONI, *Diritti e solidarietà in Europa. I modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo*, cit.; F. SCARPELLI, *Regolarità del lavoro e regole della concorrenza: il caso degli appalti pubblici*, cit., 753.

<sup>(1683)</sup> Sul punto v., tra i tanti, CARUSO B., *I diritti sociali fondamentali dopo il Trattato di Lisbona (tanto tuonò che piovve)*, cit.; CARUSO B. - ALAIMO A., *Dopo la politica i diritti: l'Europa "sociale" nel Trattato di Lisbona*, cit.; S. BORELLI - A. GUAZZAROTTI - S. LORENZON (a cura di), *I diritti dei lavoratori nelle carte europee dei diritti fondamentali*, Jovene, 2012; D. GOTTARDI, *Tutela del lavoro e concorrenza tra imprese nell'ordinamento dell'Unione europea*, DLRI, 2010, 128, 509; S. SCIARRA, *Diritto del lavoro e diritto sociale europeo. Un'analisi delle fonti, in Il lavoro subordinato*, a cura di S. SCIARRA - B. CARUSO, vol. V, *Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, diretto da A. AJANI - G. A. BENACCHIO, Giappichelli, 2009, 1 ss.

garantire la primazia dei diritti sociali, ha legittimato il modello regolativo delle clausole sociali quale presidio e garanzia del buon andamento dell'agire pubblico.

Le due pronunce più rilevanti sono la già citata sent. 19 giugno 1998, n. 226 e la più recente 3 marzo 2011, n. 68, con le quali la Consulta ha sancito la piena legittimità e compatibilità con la libertà di concorrenza e d'iniziativa economica privata sia delle clausole di tutela del reddito che di continuità occupazionale.

Nella pronuncia più risalente il giudice delle leggi ha chiarito che la clausola sociale che impone di applicare e far applicare condizioni non inferiori a quelle risultanti dai contratti collettivi della categoria e della zona, da una parte, risponde all'«esigenza — laddove nell'esercizio dell'attività imprenditoriale intervenga la PA — di garantire uno standard minimo di tutela ai lavoratori coinvolti» e, dall'altra, riconosce che si persegue una «miglior realizzazione dell'interesse pubblico, secondo i principi della concorrenza tra imprenditori (per ottenere la Pubblica amministrazione le condizioni più favorevoli) e dalla parità di trattamento dei concorrenti della gara (per assicurare il miglior risultato della procedura concorsuale senza alterazioni e/o trattative)». In particolare, attraverso il rispetto dei contratti collettivi, si persegue il buon andamento e l'imparzialità dell'agire pubblico dal momento che «anche i costi per le imprese, derivanti dall'obbligo di equo trattamento, concorrono alla miglior individuazione del soggetto idoneo» per l'esecuzione dell'appalto <sup>(1684)</sup>.

In sostanza l'interesse pubblico sotteso alla procedura d'appalto si identifica con il contrasto di pratiche di concorrenza sleale giocata sul costo del lavoro, realizzato attraverso la contrattazione collettiva nazionale <sup>(1685)</sup>. La Corte costituzionale considera l'esigenza di evitare il *dumping* salariale una ragione d'interesse generale e, pertanto, legittimamente perseguibile da parte dei pubblici poteri <sup>(1686)</sup>.

È evidente che i giudici sembrano fare propria una nozione di concorrenza saldamente ancorata all'art. 41 Cost. e coincidente con «la risultante della convergente presenza, in un dato settore, di una pluralità di operatori e di una disciplina giuridica che predetermini le regole del gioco, valide per tutti nella stessa misura» <sup>(1687)</sup>. Ne consegue che la libertà di iniziativa incontra un limite inderogabile nel trattamento collettivo a favore dei lavoratori delle imprese appaltatrici o concessionarie di opere e/o servizi pubblici <sup>(1688)</sup>. La presenza di tale limite si ricollega, da una parte, «alle finalità essenziali dell'ente pubblico che gli impongono di essere il *model employer*» <sup>(1689)</sup> e, dall'altra, all'esigenza «di selezionare le imprese contraenti contrastando forme di concorrenza sleale ed evitando che siano avvantaggiate, con il concorso dello Stato e in violazione dell'obbligo di buon andamento della PA [...], le imprese che non applicano i contratti collettivi di lavoro» <sup>(1690)</sup>.

<sup>(1684)</sup> C. cost. 19 giugno 1998, n. 226, cit.

<sup>(1685)</sup> Sul punto cfr. E. GHERA, *Le c.d. clausole sociali: evoluzione di un modello di politica legislativa*, cit., 142; A. MARESCA, *Appunti preliminari su contrattazione collettiva e "liberalizzazione" dei servizi pubblici*, cit., 38.

<sup>(1686)</sup> Per approfondire si rinvia alle considerazioni di G. ORLANDINI, *Mercato unico dei servizi e tutela del lavoro*, cit., 173-175.

<sup>(1687)</sup> Così A. PACE, *op. cit.*, 328-329.

<sup>(1688)</sup> Sul punto cfr. C. ASSANTI, *Commento all'art. 36*, cit., 421; R. BORTONE, *Commento all'art. 36*, cit., 647.

<sup>(1689)</sup> Così F. CARNELUTTI, *Sul contratto di lavoro relativo ai pubblici servizi assunti da imprese private*, cit., 416.

<sup>(1690)</sup> Così E. GHERA, *Le c.d. clausole sociali: evoluzione di un modello di politica legislativa*, cit., 137.

Risulta evidente come gli appalti pubblici e le concessioni di pubblico servizio siano due mercati indipendenti finalizzati anzitutto alla realizzazione del buon andamento dell'agire pubblico. Proprio per questo, affinché sia assicurata e massimizzata la concorrenza nel mercato come richiesto dall'art. 41 Cost., deve essere in qualche misura limitata la concorrenza nell'accesso al mercato. Infatti soltanto una procedura di selezione delle imprese nell'accesso al mercato degli appalti pubblici può scongiurare fenomeni di *free riding* fra imprenditori ed assicurare un corretto svolgimento del gioco concorrenziale.

Tali argomentazioni sono ribadite e rafforzate nella più recente sentenza (<sup>1691</sup>), con la quale la Consulta ha legittimato l'inserimento nei bandi di gara anche delle clausole sociali c.d. di "seconda generazione" (<sup>1692</sup>), che perseguono finalità di stabilità occupazionale, gravando l'appaltatore subentrante dell'obbligo di assorbire, per quanto possibile, il personale dipendente.

La Corte, in particolare, è stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'art. 30 della legge della Regione Puglia n. 4 del 2010 ai sensi del quale «la Regione, gli enti e le società strumentali, fatte salve le previsioni della contrattazione collettiva, laddove più favorevoli, devono prevedere nei bandi di gara, negli avvisi e, in ogni caso, nelle condizioni di contratto per l'affidamento di servizi, l'assunzione a tempo indeterminato del personale già utilizzato dalla precedente impresa appaltatrice, nonché le garanzie delle condizioni economiche e contrattuali, ove più favorevoli». La pronuncia chiarisce nozione, portata e limiti della c.d. "clausola sociale di assorbimento".

Particolarmente significativa risulta il raffronto operato tra la norma contestata e la disposizione previgente da questa abrogata, l'art. 25 l. Regione Puglia 25/2007 (<sup>1693</sup>).

La norma da ultimo citata — imponendo alla Regione e alle pubbliche amministrazioni ad essa collegate di prevedere nei bandi, avvisi e condizioni di contratti di appalto e concessioni di pubblico servizio, l'utilizzo del personale già assunto dalla precedente impresa appaltatrice e il mantenimento delle condizioni economiche e contrattuali già in essere — viene considerata dalla Corte un legittimo esempio di "clausola sociale" ex art. 69 del Codice. Secondo i giudici tale previsione (nota anche come clausola di "protezione" o di "salvaguardia" sociale, o anche come "clausola sociale di assorbimento"), operando nell'ipotesi di cessazione d'appalto e subentro di imprese o società appaltatrici, risponde all'esigenza di assicurare la continuità del servizio e dell'occupazione nel caso di discontinuità dell'affidatario e dunque è in grado di legittimare, se rispettosa dei principi di parità di trattamento, non discriminazione trasparenza, proporzionalità e pubblicità, l'imposizione del vincolo di stabilità occupazionale all'impresa aggiudicataria. Del resto la Corte non manca di sottolineare come tale previsione legale non fa altro che riproporre uno stru-

(<sup>1691</sup>) Ci si riferisce a C. cost. 3 marzo 2011, n. 68.

(<sup>1692</sup>) Utilizzano tale classificazione S. COSTANTINI, *Limiti all'iniziativa economica privata e tutela del lavoratore subordinato: il ruolo delle c.d. "clausole sociali"*, cit., 233; G. ORLANDINI, *Mercato unico dei servizi e tutela del lavoro*, cit., 191.

(<sup>1693</sup>) L'art. 25 l. Reg. Puglia n. 25/2007 prevedeva che «fatte salve le previsioni della contrattazione collettiva, ove più favorevoli, la Regione, gli enti, le aziende e le società strumentali della Regione devono prevedere nei bandi di gara, avvisi e, comunque, nelle condizioni di contratto per appalti di servizi l'utilizzo del personale già assunto dalla precedente impresa appaltatrice, nonché le condizioni economiche e contrattuali già in essere».



mento regolativo sistematicamente utilizzato dal legislatore e perfettamente in linea con il dettato costituzionale <sup>(1694)</sup>.

Diverso è, invece, il meccanismo previsto dal contestato art. 30 l. reg. Puglia, posto che «la disposizione impugnata introduce uno strumento diverso dalla "clausola sociale", in quanto non si limita a prevedere il mantenimento in servizio di personale già assunto, ma stabilisce in modo automatico e generalizzato l'«assunzione a tempo indeterminato» del personale già «utilizzato» dalla precedente impresa o società affidataria dell'appalto. Le norme impuginate, infatti, impongono alle nuove imprese o società affidatarie dell'appalto l'«assunzione a tempo indeterminato», anziché l'«utilizzo», del personale della precedente impresa o società affidataria, ed estendono quest'obbligo, senza prevedere alcuna procedura selettiva, anche alle società a partecipazione pubblica totale o di controllo. Ciò costituisce per la Corte una violazione dell'art. 97 Cost. <sup>(1695)</sup>.

Tali argomentazioni portano la Corte a sancire un'incostituzionalità parziale della norma, rimarcando ancora una volta che rimane «ferma l'applicazione, alle ipotesi previste dalle disposizioni impugnate, della clausola sociale in senso proprio, nei termini prescritti dalle norme e dai contratti collettivi vigenti, e in permanenza dell'affidamento del servizio» <sup>(1696)</sup>.

In sostanza, la clausola sociale di assorbimento (anche detta "clausola di protezione" o "clausola di salvaguardia sociale") è un istituto pienamente legittimo e risponde agli interessi generali, costituzionalmente protetti (artt. 4, 35, 36, 41, comma 2 e 97 Cost.), oltretutto essere garanzia della qualità delle prestazioni pubbliche e, dunque, dei principi di efficacia e tempestività nell'esecuzione dell'appalto (o del pubblico servizio) nel caso di discontinuità del soggetto affidatario dei lavori (o del servizio). Questa peculiare vocazione protettiva e promozionale rende dette clausole, se interpretate nel senso di evitare arbitrari ed irragionevoli automatismi, un prezioso strumento per assicurare il buon andamento della pubblica amministrazione pienamente in linea con la tutela della concorrenza.

Tale interpretazione è avvalorata anche dalla giurisprudenza amministrativa che, dopo un iniziale

<sup>(1694)</sup> La Corte afferma che tale clausola, «già contenuta nell'art. 26 del regio decreto 8 gennaio 1931, n. 148 (Coordinamento delle norme sulla disciplina giuridica dei contratti collettivi del lavoro con quelle del trattamento giuridico-economico del personale delle ferrovie, tranvie e linee di navigazione interna in regime di concessione), tale "clausola" non solo è stabilita dalla contrattazione collettiva ed è riconosciuta in sede giurisprudenziale, ma è anche prevista in specifiche disposizioni legislative statali: per esempio l'art. 63, comma 4, del d.lgs. 13 aprile 1999, n. 112 (Riordino del servizio nazionale della riscossione, in attuazione della delega prevista dalla legge 28 settembre 1998, n. 337), l'art. 29, comma 3, del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276 recante "Attuazione delle deleghe in materia di occupazione e mercato del lavoro, di cui alla legge 14 febbraio 2003, n. 30", e, con riferimento ai contratti delle pubbliche amministrazioni, l'art. 69 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE)».

<sup>(1695)</sup> A parere della Corte l'art. 97 Cost. risulterebbe violato «sia per l'assenza di criteri di trasparenza, pubblicità e imparzialità per il reclutamento di personale delle società a partecipazione pubblica totale o di controllo, sia perché il maggior onere derivante dall'obbligo posto all'affidatario di assumere a tempo indeterminato il personale già utilizzato si riflette — anche nel caso di imprese o società affidatarie dell'appalto interamente private — sui principi di legalità e di buon andamento della pubblica amministrazione affidante in termini di non conformità alle disposizioni sulla "clausola sociale", di minore apertura dei servizi alla concorrenza e di maggiori costi, considerato che l'obbligo eccede i limiti temporali dell'affidamento del servizio».

<sup>(1696)</sup> Risulta particolare significativo il fatto che la Corte dichiari «l'illegittimità costituzionale dell'art. 30 della legge della Regione Puglia n. 4 del 2010, limitatamente alle parole «a tempo indeterminato», e nella parte in cui prevede la stabilizzazione di personale della precedente impresa o società affidataria dell'appalto, senza alcuna forma selettiva» in quanto indirettamente legittima pienamente il modello consolidato di clausola sociale di assorbimento. Sul punto cfr. anche C. Cost. 7 luglio 2010, n. 267, *DJ*.



contrasto<sup>(1697)</sup>, si è orientata nel senso di ritenere legittime tali clausole interpretandole in senso costituzionalmente orientato. In particolare, le previsioni di salvaguardia dell'occupazione devono essere interpretate nel senso che l'appaltatore subentrante deve prioritariamente assumere gli stessi addetti, a condizione che il loro numero e la loro qualifica siano armonizzabili con l'organizzazione prescelta, sulla base del presupposto che l'iniziativa economica privata è sì libera ma, ai sensi del comma 2 dell'art. 41 Cost., deve avere riguardo anche all'utilità sociale<sup>(1698)</sup>. Ne deriva che la clausola di assorbimento, ove richiamata dal bando, avrà necessariamente portata cogente e l'offerente non potrà ridurre *ad libitum* il numero di unità da impiegare nell'appalto (potendo, peraltro, impugnare la clausola del bando ove il numero di unità fino a quel momento adibito al servizio sia incongruo e sovrabbondante)<sup>(1699)</sup>, senza, però, che tale previsione comporti l'obbligo di assumere a tempo indeterminato ed in forma automatica e generalizzata tutto il personale già utilizzato<sup>(1700)</sup>.

#### 4.2 L'orientamento in prevalenza "mercatasta" della Corte di Giustizia.

Indicazioni di segno diametralmente opposto provengono dalla più recente giurisprudenza della Corte di giustizia europea, la quale, come si è già anticipato, tende ad adottare una prospettiva rovesciata rispetto a quella dei sistemi costituzionali nazionali.

In particolare, con il tanto celebre quanto controverso *Laval quartet*<sup>(1701)</sup> e con le successive

(1697) Sul punto si v., in particolare, parere AVGC n. 44/2010 nel quale l'Autorità ha sostenuto che l'obbligo di assunzione del personale, già adibito allo svolgimento del servizio oggetto dell'appalto, era irragionevole ed ingiustificato (salve le ipotesi in cui tale riassorbimento non fosse stato imposto da specifiche disposizioni di legge o della contrattazione collettiva nazionale di riferimento), in quanto lesiva della concorrenza e della libertà di impresa riconosciuta e garantita dall'art. 41 Cost., dal momento che l'imprenditore avrebbe dovuto essere lasciato libero di scegliere ed organizzare i lavoratori, di cui avvalersi nell'espletamento del servizio, senza essere vincolato a riassorbire il personale già in servizio.

(1698) Per citare solo le più recenti si v. C. Stato., sez. VI, 27 novembre 2014, n. 5890, cit.; C. Stato, sez. III, 9 luglio 2013, n. 3639, cit.; C. Stato 5 aprile 2013, n. 1896, cit.; C. Stato, sez. IV, 2 dicembre 2013, n. 5725, cit.; sul punto si v. anche TAR Puglia Lecce, sez. II, 1° dicembre 2014, n. 2986, cit.; Tar Abruzzo Pescara, sez. I, 2 gennaio 2015, 6, cit.; Tar Puglia Bari, sez. I, 21 gennaio 2015, n. 108, cit.; TAR Piemonte, sez. I, 9 gennaio 2015, n. 23, cit.

(1699) Sul punto cfr. Cons. St., sez. IV, 2 dicembre 2013 n. 5725.

(1700) Si v., soprattutto, Cons. St., sez. VI, 27 novembre 2014, n. 5890. In dottrina sul punto cfr. i rilievi critici di G. MELI, *Clausole sociali. "Fair-outsourcing" delle pubbliche amministrazioni e paradigma della proporzionalità (Partell)*, cit., 69-76.

(1701) Ci si riferisce alle celebri pronunce *Viking*, *Laval*, *Rüffert* e *Commissione c. Lussemburgo*, rispettivamente C. giust. 11 dicembre 2007, C-438/05, *Viking Line*, ECR, 2007, I, 10779; C. giust. 18 dicembre 2007, C-341/05, *Laval un Partneri*, ECR, 2007, I, 11767; C. giust. 3 aprile 2008, C-346/06, *Rüffert*, ECR, 2008, I, 1989; C. giust. 3 aprile 2008, C-319/06, *Commission vs Luxembourg*, ECR, 2008, I, 4323. In dottrina sui casi *Viking*, *Laval* cfr. M.V. BALLESTRERO, *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di Giustizia «bilancia» il diritto di sciopero*, LD, 2008, 2, 371; U. CARABELLI, *Note critiche a margine delle sentenze della Corte di Giustizia nei casi Laval e Viking*, DLRI, 2008, 117, 147-167; B. CARUSO, *I diritti sociali nello spazio sovranazionale e nazionale: indifferenza, conflitto o integrazione? (Prime riflessioni a ridosso dei casi Laval e Viking)*, Rassegna di diritto pubblico europeo, 2008, 2, 11-59; B. VENEZIANI, *La Corte di Giustizia ed il trauma del cavallo di Troia*, RGL, 2008, 2, 295-311; M. CORTI, *Le decisioni Itf e Laval della Corte di Giustizia: un passo avanti e due indietro per l'Europa sociale*, q. Riv., 2008, I, 249 ss. Sul caso *Rüffert* v., in particolare nt. BRINO; *Giust. civ.*, 2008, 9, I, 1835; *DRI*, 2009, 3, 821 nt. VIESPOLI; *ADL*, 2008, II, 6, 1415, nt. DE SALVIA; *GD*, 2008, 16, 114, nt. MORINI; per una analisi approfondita della pronuncia v. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, *El caso Rüffert ¿una constitucionalización del dumping social?*, *Relaciones Laborales*, 2008, 15-16, 83 ss.; Per una trattazione complessiva degli impatti di questa giurisprudenza sui singoli sistemi nazionali cfr. i contributi in AA.VV., *Il conflitto Sbilanciato. Libertà economiche e autonomia collettiva tra ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali*, a cura di A. VIMERCATI, Cacucci Editore, 2009. Sui riflessi che tale giurisprudenza della Corte di giustizia ha avuto sui sistemi nazionali e sullo spazio concesso dall'ordinamento europeo ai diritti sociali collettivi si v. il volume a cura di M. FREEDLAND - J. PRASSL, *Viking, Laval and Beyond*, Hart Publishing, 2014.

sentenze *Commissione c. Germania* (<sup>1702</sup>) e *Bundesdruckerei c. Stadt Dortmund* (<sup>1703</sup>), la CGUE ha messo in discussione l'assetto ordinamentale originario, intervenendo sull'equilibrio costituzionale tra unificazione del mercato e preservazione dell'autonomia dei sistemi nazionali faticosamente creato con il trattato di Roma del 1957 (<sup>1704</sup>).

Autorevole dottrina ha sottolineato come nelle argomentazioni della Corte europea emerga il passaggio da «una concezione ordoliberal ad una visione neoclassica del mercato interno», posto che «l'idea che fonda *Laval*, *Viking* e la successiva giurisprudenza mossasi sulla stessa linea è che le regole del diritto del lavoro nazionale siano suscettibili di distorcere la concorrenza nel mercato interno e debbano perciò essere come tali giustificate facendo riferimento ad uno stretto *test* di proporzionalità» (<sup>1705</sup>). Si sta affermando la tendenza ad applicare rigorosamente il c.d. *market access test* anche alle normative interne che, garantendo più alti *standard* di protezione del lavoro, possono porsi in contrasto con la libertà di prestazione di servizi sancita dall'art. 56 TFUE. Ciò ha come diretta conseguenza l'insorgere di una «pressione giustificativa» operata dalla CGUE nei confronti dei sistemi nazionali di *welfare* e protezione sociale ingabbiati nei rigidi parametri della necessità, proporzionalità ed adeguatezza (<sup>1706</sup>).

Per quanto concerne la questione della legittimità e compatibilità delle clausole sociali negli appalti pubblici con i vincoli del mercato interno, la Corte si è pronunciata in due occasioni.

Nel caso *Rüffert* (<sup>1707</sup>), tralasciando le criticità concernenti l'interpretazione rigida e restrittiva

(<sup>1702</sup>) C. giust. 15 luglio 2010, C-271/08, *Racc.*, 2010, I, 7091; per un commento di tale sentenza si v. A. DE SALVIA, *Il bilanciamento tra le libertà economiche e i diritti sociali operato dalla Corte di Giustizia è un contemperamento tra diritti equiordinati?*, *CSDLE, int.*, n. 98/2012.

(<sup>1703</sup>) C. Giust. 18 settembre 2014, C-549/13, *Bundesdruckerei c. Stadt Dortmund*, cit., su cui *RGL*, 2015, II, vol. 1, 33-46 nt. GUADAGNO; e *RIDL*, 2015, II, vol. 2 nt. FORLIVESI.

(<sup>1704</sup>) Nella concezione originaria accolta dal Trattato di Roma del 1957, l'autonomia dei sistemi sociali degli Stati membri è una precondizione dell'instaurazione del mercato comune, in quanto è capace di assicurare, a livello nazionale, il necessario contrappeso sociale ai possibili effetti dislocativi indotti dall'integrazione economica europea. Particolarmente significativi sul punto, sono i rapporti Ohlin (ILO) e Spaak (intergovernativo) del 1956 nei quali si legge che un codice europeo del lavoro non è necessario né desiderabile, giacché la diversità dei modelli regolativi nazionali non costituisce, di per sé, un fattore di distorsione della concorrenza e della libera circolazione dei servizi nel mercato. Per approfondire si v. S. GIUBBONI, *Cittadinanza, lavoro e diritti sociali nella crisi europea*, *RDSS*, 2013, III, 503 ss.; il quale afferma in merito all'approccio adottato del Trattato di Roma del 1957 che «all'interno di questa concezione, un selettivo intervento normativo comunitario può rendersi semmai opportuno — in una logica di armonizzazione verso l'alto dei sistemi nazionali — nei casi eccezionali in cui i differenziali negli *standard* di protezione, non riflettendo una reale differenza nei livelli di produttività del lavoro né potendo essere neutralizzati da un aggiustamento dei tassi di cambio, possano effettivamente determinare una distorsione della concorrenza nella forma del *dumping* sociale».

(<sup>1705</sup>) Così S. DEAKIN, *The Lisbon Treaty, the Viking and Laval Judgments and the Financial Crisis: in Search of New Foundations for Europe's «Social Market Economy»*, in *The Lisbon Treaty and social Europe*, a cura di N. BRUUN - K. LÖRCHER - I. SCHÖMANN, Hart, Oxford - Portland (Oregon), 2012, 21-24.

(<sup>1706</sup>) Così S. GIUBBONI, *Cittadinanza, lavoro e diritti sociali nella crisi europea*, cit., 504; *contra* B. CARUSO, *Nuove traiettorie del diritto del lavoro nella crisi europea. Il caso italiano*, cit., 75-76, secondo il quale «il principio di proporzionalità appare, nella fase acuta della crisi, la strategia più realistica per un controllo della correttezza del bilanciamento politico posto in essere dal *law maker*, nella misura in cui presuppone il contenuto normativo dei diritti sociali come controlimito mobile alle misure di limitazione dei diritti, contribuendo alla definizione in positivo del loro contenuto normativo essenziale».

(<sup>1707</sup>) Nel quale la Corte ha censurato una legge del *Land* della Bassa Sassonia, che imponeva anche agli aggiudicatari di pubblici appalti con sede all'estero l'obbligo di applicare il contratto collettivo territoriale, privo di efficacia generale, perché in contrasto con l'art. 3, par. 1 Dir. 96/71/CE e con l'art. 49 TCE sulla base di due ordini di considerazioni: a) la normativa in questione non rientra nelle misure minime di protezione previste dalla Direttiva sul distacco transnazionale di lavoratori effettuato nell'ambito di una prestazione di servizi, in quanto riferita ad un contratto collettivo non dotato di efficacia *erga omnes* (<sup>1707</sup>); b) la previsione eteronoma in esame

della Dir. 96/71/CE<sup>(1708)</sup>, particolarmente rilevanti risultano le argomentazioni relative al contrasto della clausola sociale con l'art. 49 TCE. Colpisce l'affermazione secondo cui, poiché «la tariffa salariale fissata da un contratto collettivo come quello oggetto della causa principale si estende solamente ad una parte del settore edilizio, in quanto detta normativa si applica unicamente agli appalti pubblici, e non anche agli appalti privati, [...] non si desume alcun elemento che consenta di concludere che la tutela derivante da una tale tariffa salariale [...] sia necessaria ad un lavoratore attivo nel settore dell'edilizia solamente qualora quest'ultimo sia occupato nel contesto di un appalto di lavori pubblici e non quando lavori nell'ambito di un appalto privato»<sup>(1709)</sup>.

Il dato sorprendente è la netta inversione di tendenza rispetto alla sua precedente giurisprudenza sulla giustificazione di misure nazionali di protezione dei lavoratori restrittive della concorrenza nel mercato europeo. Infatti, se si considerano i precedenti *Seco*, *Rush Portuguesa*, *Finalarte*<sup>(1710)</sup>, risulta evidente come i giudici del Lussemburgo non abbiano mai considerato rilevante l'applicazione universale delle disposizioni nazionali protettive dei lavoratori, limitando e circoscrivendo il test di proporzionalità alla verifica dell'idoneità delle misure contestate a determinare un vantaggio effettivo e non discriminatorio per i lavoratori. Emblematica sul punto è la sentenza *Mazzoleni*<sup>(1711)</sup>, nella quale la CGUE ha considerato legittima, in quanto giustificata dall'obiettivo di protezione dei lavoratori operanti sul territorio nazionale, l'inclusione dei lavoratori distaccati nell'ambito di applicazione di un contratto collettivo efficace soltanto per una categoria del settore privato (il personale di sorveglianza e vigilanza privata). Legittimare un tale meccanismo protettivo e restrittivo delle libertà di mercato nel settore privato e negarne uno analogo nel settore pubblico, com'è avvenuto nel caso *Rüffert*, risulta irragionevole.

L'inversione di tendenza risulta tanto grave quanto inaspettata per l'ordinamento tedesco, posto che la medesima clausola sociale aveva ricevuto un pieno vaglio di costituzionalità dal *Bundesverfassungsgericht* (la Corte costituzionale federale tedesca) nel 2006<sup>(1712)</sup>. La Corte tedesca, operando un giudizio di bilanciamento teso a chiarire se la clausola sociale rispondeva a "interessi pubblici", aveva sancito che il ricorso alla clausola sociale è un mezzo non sproporzionato rispetto al fine perseguito, la tutela del reddito dei lavoratori impegnati nell'esecuzione di un appalto pubblico attraverso l'estensione del contratto collettivo, e che non vi era alcuna limitazione della libertà negoziale poiché l'obbligo di rispettare il contratto collettivo conseguiva all'accettazione da parte dell'impresa aggiudicataria della clausola sociale al momento della stipula del contratto di appalto.

---

contrasta con la libertà di prestazione di servizi perché sproporzionata, in quanto di importo superiore al salario minimo legale, ed inadeguata a proteggere tutti i lavoratori in quanto non applicabile anche agli appalti privati (punti 36-43). Per approfondire l'impatto della sentenza *Rüffert* nel sistema tedesco si rinvia a F. RÖDL, *La Corte di giustizia e il caso Rüffert: quali possibilità per una concorrenza «non distorta» in materia salariale nell'esperienza tedesca?*, in *Il conflitto Sbilanciato. Libertà economiche e autonomia collettiva tra ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali*, cit., 131-141.

<sup>(1708)</sup> Per una ricostruzione critica di tale indirizzo interpretativo si v. G. ORLANDINI, *Mercato unico dei servizi e tutela del lavoro*, cit.

<sup>(1709)</sup> C. Giust. 3 aprile 2008, C-346/06, *Dirk Rüffert*, cit., punti 39-40.

<sup>(1710)</sup> Rispettivamente C. Giust. 3 febbraio 1982, C-62/81, *Seco*; C. Giust. 27 marzo 1990, C-113/89, *Rush Portuguesa*; C. Giust. 25 ottobre 2001, cause riunite C-49/98, C-50/98, C-52/98, C-53/98, C-54/98, C-68/98, C-69/98, C-70/98, C.71/98, *Finalarte*.

<sup>(1711)</sup> C. Giust. 19 marzo 2001, C-165/98, *Mazzoleni*.

<sup>(1712)</sup> BVerfG 11 luglio 2006, 1 BvL 4/00, *Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht*, vol. 116, 202; la cui traduzione è disponibile in <http://codices.coe.int/NXT/gateway.dll?f=templates&fn=default.html>. Per un commento in italiano alla sentenza si rinvia al contributo di F. RÖDL, *La Corte di giustizia e il caso Rüffert: quali possibilità per una concorrenza «non distorta» in materia salariale nell'esperienza tedesca?*, cit., 135-136.

Incurante del bilanciamento operato dal giudice tedesco, la Corte di giustizia nella sentenza *Bundesdruckerei c. Stadt Dortmund* del 18 settembre 2014 ha ribadito le medesime argomentazioni utilizzate nel caso *Rüffert*.

A finire sotto la severa lente dei giudici della CGUE è stata una clausola sociale prevista dall'art. 4, comma 3 della legge del *Land* Renania settentrionale-Vestfalia del 10 gennaio 2012 sulla "assicurazione del rispetto dei contratti collettivi e degli standard sociali nonché sulla concorrenza nell'aggiudicazione degli appalti pubblici", concernente l'obbligo in capo all'impresa aggiudicataria di un appalto pubblico di servizi di corrispondere e far corrispondere ai propri dipendenti e a quelli di eventuali imprese subappaltatrici una retribuzione oraria minima. In particolare veniva contestata l'applicabilità di detta norma, nel caso in cui l'impresa subappaltatrice avesse svolto la propria attività interamente al di fuori del territorio tedesco, in quanto costituirebbe un onere economico supplementare atto ad impedire, ostacolare o rendere meno attraenti la prestazione di servizi transfrontaliera, e dunque in contrasto con l'art. 56 TFUE.

Nel risolvere la questione la Corte ha articolato la propria motivazione secondo due passaggi logici. Innanzitutto ha circoscritto la domanda del giudice remittente dichiarando l'inapplicabilità della direttiva 96/71/CE, in quanto la vicenda non riguardava un distacco di lavoratori nel quadro di una prestazione transnazionale di servizi, come invece è richiesto dall'art. 1, commi 1 e 3, Dir. 96/71/CE<sup>(1713)</sup>. Successivamente ha riformulato e risolto la domanda pregiudiziale, alla luce della compatibilità della misura contestata con l'art. 56 TFUE secondo il consueto test di proporzionalità/adequatezza<sup>(1714)</sup>.

In particolare ha affermato (punto 30) che la norma nazionale che impone come prerequisito per l'aggiudicazione di un appalto pubblico il pagamento di una retribuzione minima ai dipendenti dei subappaltatori stabiliti in uno Stato membro diverso da quello dell'amministrazione aggiudicatrice, costituisce un onere economico supplementare, atto a configurare un'illegittima restrizione alla libertà economica di prestazione di servizi. Tale affermazione è avvalorata dal successivo vanto di proporzionalità ed adeguatezza della disciplina nazionale censurata.

Per quanto concerne il giudizio di proporzionalità, la Corte ha adottato un «*ad hoc* balancing»<sup>(1715)</sup> fondato su una «gerarchia assiologica mobile»<sup>(1716)</sup> volto a preservare al massimo livello le libertà di mercato, mostrandosi ancora una volta incurante dell'equiparazione formale, operata dagli artt. 6.1 TUE e 9 TFUE, tra i diritti sociali e le libertà economiche. Emblematica in tal senso è l'affermazione secondo cui l'imposizione di «un salario minimo fisso che corrisponde a quello ri-

<sup>(1713)</sup> C. Giust. 18 settembre 2014, C-549/13, *Bundesdruckerei c. Stadt Dortmund*, punti 24-27.

<sup>(1714)</sup> C. Giust. 18 settembre 2014, C-549/13, *Bundesdruckerei c. Stadt Dortmund*, punti 29-36.

<sup>(1715)</sup> Il richiamo riprende la distinzione operata dalla dottrina costituzionale statunitense che tende a distinguere tra «definitorial balancing» e «*ad hoc* balancing». Per approfondire il punto si rinvia a G. PINO, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali, Ragion pratica*, 2007, 28, 272; G. ITZCOVICH, *Bilanciamento ad hoc e bilanciamento definitorio. Bilanciamento «ragionevolmente definitorio»? Ponderazione tra principi e teoria dell'argomentazione giuridica nella ricerca di Giorgio Maniaci, Diritto e questioni pubbliche*, 2003, 3, 109-122; secondo il quale «attraverso il bilanciamento ad hoc, il giudice decide valutando tutte le circostanze del caso, senza vincolare le proprie decisioni future ad uno standard di giudizio. Attraverso il bilanciamento definitorio, il giudice pure valuta tutte le circostanze del caso, ma definisce uno o più parametri in base ai quali valutare in futuro casi analoghi».

<sup>(1716)</sup> Per approfondire tale concetto si rinvia a R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè, 2004.

chiesto per assicurare una congrua retribuzione ai lavoratori dello Stato membro dell'amministrazione aggiudicatrice con riferimento al costo della vita esistente in tale Stato membro, ma che non ha alcun rapporto con il costo della vita nello Stato membro in cui le prestazioni relative all'appalto pubblico di cui trattasi saranno effettuate, priverebbe [...] i subappaltatori stabiliti in questo ultimo Stato membro di trarre un vantaggio concorrenziale dalle differenze esistenti tra le rispettive tariffe salariali, [e dunque] va oltre quanto è necessario per assicurare il raggiungimento dell'obiettivo della protezione dei lavoratori»<sup>(1717)</sup>. In sostanza la normativa assicurerebbe una tutela sproporzionata rispetto allo scopo perseguito poiché supera il livello salariale minimo tollerato dall'ordinamento eurounitario, da parametrarsi, a parere dei giudici del Lussemburgo, al costo della vita degli Stati in cui si eseguono le prestazioni.

L'argomentazione pare criticabile alla luce della tutela della genuinità della concorrenza stessa, chiamata ad essere principio regolatore di un mercato interno basato, ai sensi dell'art. 3, par. 3 TUE, «su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale», e dunque nemica e non garante, come invece emerge nella pronuncia in commento, del *dumping* salariale<sup>(1718)</sup>.

Non esente da criticità è anche il giudizio di adeguatezza. La Corte, riprendendo le argomentazioni utilizzate nel caso *Rüffert*, ha affermato che «nei limiti in cui si applica ai soli appalti pubblici, una tale misura nazionale non è idonea a raggiungere detto obiettivo se non vi sono elementi che indichino che lavoratori attivi sul mercato privato non hanno bisogno della medesima protezione salariale di quelli attivi nell'ambito degli appalti pubblici»<sup>(1719)</sup>. Tale affermazione si focalizza sul differente trattamento riconosciuto ai lavoratori a seconda che il committente sia pubblico o privato, confondendo sia il piano sia il perimetro del test di adeguatezza. L'esistenza di una normativa primaria a livello europeo, la direttiva 2004/18/CE, è la prova evidente del fatto che il settore degli appalti pubblici, come del resto è riconosciuto dall'unanime giurisprudenza nazionale, costituisce un mercato a sé stante e solo entro i suoi confini (ossia, le gare di appalto indette da committenti pubblici) dovrà essere effettuato il test di adeguatezza. Del resto, l'intera disciplina degli appalti pubblici nell'Unione europea si basa sul presupposto che gli Stati membri siano liberi di applicare i loro *standard* nazionali, anche in materia di salari, purché vi sia parità di trattamento e non discriminazione nei confronti di operatori stranieri nell'accesso non già all'intero mercato europeo ma solo a quello degli appalti pubblici, che sono l'unico oggetto dell'armonizzazione europea.

A conferma del fatto che un'interpretazione alternativa era ed è possibile, vi sono le argomentazioni dell'avvocato generale nel caso *Rüffert*, il quale sottolinea come la Direttiva 2004/18/CE abbia sancito la possibilità per gli Stati membri di ricorrere a clausole sociali nell'esecuzione degli

<sup>(1717)</sup> Così C. Giust. 18 settembre 2014, C-549/13, *Bundesdruckerei c. Stadt Dortmund*, punto 34.

<sup>(1718)</sup> Sul punto cfr. le osservazioni di B. CARUSO, *Nuove traiettorie del diritto del lavoro nella crisi europea. Il caso italiano*, cit., 25; e di G. MELI, *Clausole sociali. "Fair-outsourcing" delle pubbliche amministrazioni e paradigma della proporzionalità (Partell)*, cit., 84-85: secondo i quali «si incorrerebbe in un salto logico a voler sostenere semplicisticamente che le conclusioni di tali arresti assurgano a "manifesto vetero-funzionalista" e ridondino meccanicamente in un principio generale di illegittimità delle tecniche di protezione dei lavoratori coinvolti nei processi di circolazione transnazionale dei servizi e delle imprese, perché non si possono trascurare i fattori di tipicità estrinseci ai principi di diritto ivi affermati».

<sup>(1719)</sup> Così C. Giust. 18 settembre 2014, C-549/13, *Bundesdruckerei c. Stadt Dortmund*, punto 32.

appalti pubblici <sup>(1720)</sup>. Tale affermazione, sebbene sia stata inspiegabilmente ignorata nella motivazione della sentenza, non è affatto smentita dalla Corte né nel caso *Rüffert* né nella giurisprudenza successiva in quanto i giudici di Lussemburgo si sono sistematicamente rifiutati di prendere una chiara posizione sulla compatibilità delle clausole sociali con la normativa primaria europea in materia degli appalti pubblici <sup>(1721)</sup>.

Il mancato inquadramento nel regime generale degli appalti pubblici della questione della compatibilità delle leggi tedesche con il diritto UE, risulta ancora più evidente nella decisione del 2014, posto che la stessa Commissione nella "guida" del 2011 dedicata agli aspetti sociali negli appalti pubblici aveva dato alla sentenza *Rüffert* una interpretazione correttiva, affermando che «nonostante sia stata resa nel contesto di un appalto pubblico, la sentenza non compromette le possibilità offerte dalle direttive sugli appalti di tenere conto di aspetti sociali negli appalti pubblici [posto che] la sentenza della Corte si limita a fornire chiarimenti sulla necessità che gli aspetti sociali negli appalti pubblici relativi ai lavoratori distaccati debbano anche rispettare il diritto della UE, in particolare la direttiva sul distacco dei lavoratori» <sup>(1722)</sup>, invitando indirettamente la CGUE a prendere una chiara posizione sul punto.

Alla luce di ciò non sembra possibile leggere nella giurisprudenza europea una generale messa in discussione dell'istituto delle clausole sociali, ma semmai la necessità di una loro limitazione in caso di appalto transnazionale. La Corte pare circoscrivere la possibilità per gli stati membri di imporre ad imprese straniere partecipanti alle gare d'appalto pubblico il rispetto di *standard* sociali nazionali di tutela dei lavoratori, previsti dalla legge o dai contratti collettivi, potendo tali imprese essere chiamate ad applicare solamente le disposizioni di tutela minima ed inderogabile vincolanti tutti i lavoratori del settore dell'attività cui l'appalto si riferisce <sup>(1723)</sup>.

Tuttavia, se tale approccio "mercatista" dovesse essere confermato vi è un innegabile rischio di uno stravolgimento funzionale delle clausole sociali, le quali non servirebbero più per garantire a tutti i lavoratori impegnati negli appalti pubblici standard retributivi superiori ai minimi previsti per la generalità dei lavoratori nazionali del settore cui appartengono ma solo ad assicurare con maggior efficacia (in ragione dell'effetto pregiudizievole, l'esclusione dalla gara, conseguente alla loro violazione) che le imprese straniere partecipanti ai bandi di gara rispettino un *minimum* di tutela.

Vi è un fondato timore di uno spontaneo abbandono da parte degli Stati membri delle clausole sociali, posto che i legislatori nazionali non potrebbero ammettere all'interno dei loro territori la possibilità per le imprese straniere di concorrere nell'aggiudicazione degli appalti pubblici a condizioni di maggior favore rispetto a quelle nazionali.

<sup>(1720)</sup> Per approfondire v. AG BOT, *conclusioni in causa C-436/06*, punti 132-133.

<sup>(1721)</sup> In questo senso C. MC CRUDDEN, *The Rüffert Case and Public Procurement*, in *Market Integration and Public Services in European Union*, a cura di M. CREMONA, Oxford UP, Oxford, 2011, 130 ss.; *contra* G. ORLANDINI, *Mercato unico dei servizi e tutela del lavoro*, cit., 138-140. Sul punto cfr. anche le considerazioni critiche di A. DE. SALVIA, *Non c'è due senza tre: la Core di giustizia nel caso Rüffert*, ADL, 2008, II, 1426.

<sup>(1722)</sup> Così COMMISSIONE EUROPEA, *Acquisti sociali. Una guida alla considerazione degli aspetti sociali negli appalti pubblici*, cit., 46.

<sup>(1723)</sup> Sul punto cft. posizioni di G. ORLANDINI, *Mercato unico dei servizi e tutela del lavoro*, cit., 135ss; S. COSTANTINI, *La finalizzazione sociale degli appalti pubblici. Le "clausole sociali" fra tutela del lavoro e tutela della concorrenza*, cit., 50-52.

Anche il modello regolativo delle clausole poste a protezione dei livelli occupazionali è stato recentemente sottoposto al vaglio dei giudici di Lussemburgo. Con le sentenze *Commissione c. Repubblica Italiana* <sup>(1724)</sup> e *Commissione c. Repubblica federale di Germania* <sup>(1725)</sup>, concernenti il recepimento nei rispettivi paesi dell'art. 6 della direttiva 1996/67/CE riguardante l'accesso al mercato dell' *handling* areoportuale <sup>(1726)</sup>, la Corte di giustizia ha dichiarato le clausole sociali italiane e tedesche di passaggio del personale dipendente dal precedente gestore del servizio al soggetto subentrante (adottate sulla base dell'art. 18 della Direttiva che consente agli stati membri di «adottare le misure necessarie per garantire la tutela dei diritti dei lavoratori») in contrasto con le finalità della Direttiva 96/67/CE in quanto incongrue e sproporzionate. A parere della Corte l'automatica stabilizzazione imposta ai nuovi concorrenti dalle clausole contestate rende oltremodo difficile l'accesso ai mercati di assistenza a terra di nuovi prestatori di servizi, mette in discussione l'uso razionale delle infrastrutture aeroportuali e la riduzione dei costi dei servizi implicati per gli utenti, nuoce all'effetto utile della direttiva e ne pregiudica le finalità, compromettendo l'apertura dei «mercati interessati e la creazione di condizioni adeguate in vista di una concorrenza intracomunitaria» nel settore <sup>(1727)</sup>.

Sebbene le due pronunce emesse dalla Corte Europea concernevano un mercato peculiare e diverso rispetto a quello degli appalti pubblici, regolato dalla una direttiva che prende chiaramente posizione in merito alla massima tutela ed apertura alla concorrenza nell'accesso al mercato <sup>(1728)</sup>, i precedenti hanno avuto come effetto quello di orientare la giurisprudenza amministrativa in senso cautelativo imponendo un'interpretazione restrittiva della clausole sociali di imponibile di manodopera nel senso di escludere la possibilità di configurare forme di automaticità in ordine alla assunzione del personale da parte dell'appaltatore succeduto. Solo in tal modo è possibile interpretare la clausola di assorbimento come conforme «ai principi nazionali e comunitari in materia di libertà di iniziativa imprenditoriale e di concorrenza, risultando, altrimenti, la clausola in questione senz'altro lesiva della concorrenza, scoraggiando la partecipazione alla gara e limitando ultroneamente la platea dei partecipanti, nonché atta a ledere la libertà d'impresa, riconosciuta e garantita dall'art. 41 della Costituzione, che sta a fondamento dell'autogoverno dei fattori di produzione e dell'autonomia di gestione propria dell'archetipo del contratto di appalto» <sup>(1729)</sup>.

<sup>(1724)</sup> C. giust. 9 dicembre 2004, C-460/02, *Commissione della Comunità Europee c. Repubblica italiana*, RIDL, 2, II, 2005, 271 ss., nt. MUTARELLI.

<sup>(1725)</sup> C. giust. 14 luglio 2005, C-386/03, *Commissione c. Repubblica federale di Germania*, RGL, 2006, 1, II, 2006, 21 ss., nt. PALLINI.

<sup>(1726)</sup> Ai sensi dell'art. 6.1 Direttiva 96/67/CE «gli Stati membri adottano le misure necessarie secondo i criteri di cui all'articolo 1, per garantire ai prestatori di servizi il libero accesso al mercato della prestazione di servizi di assistenza a terra a terzi».

<sup>(1727)</sup> Così C. giust. 9 dicembre 2004, C-460/02, *Commissione della Comunità Europee c. Repubblica italiana*, cit., punti 33-35.

<sup>(1728)</sup> Si v. in particolare l'art. 6 d. 96/67/CE ai sensi del quale «Gli Stati membri adottano le misure necessarie per garantire ai prestatori di servizi il libero accesso al mercato della prestazione di servizi di assistenza a terra a terzi».

<sup>(1729)</sup> Così C. Stato, sez. VI, 27 novembre 2014, n. 5890, cit.; conformi Tar Abruzzo Pescara, sez. I, 2 gennaio 2015, 6, cit.; TAR Piemonte, sez. I, 9 gennaio 2015, n. 23, cit., TAR Emilia-Romagna Bologna, sez. II, 9 novembre 2012, n. 672, *Appalti e contratti*.



## 5. La nuova direttiva 2014/24/UE: verso una maggiore considerazione delle ragioni del lavoro?

Nonostante le rigidità della CGUE, segnali incoraggianti per il futuro delle clausole sociali emergono dalla nuova direttiva sugli appalti pubblici 2014/24/UE <sup>(1730)</sup> che, abrogando la precedente Dir. 2004/18/CE, ha introdotto specifiche norme a garanzia dei lavoratori <sup>(1731)</sup>. Disposizioni chiave risultano infatti l'art. 18 par. 2, rubricato "Principi di aggiudicazione degli appalti", e l'art. 70, relativo alle condizioni di esecuzione dell'appalto.

Con la prima norma si introduce l'obbligo per le imprese appaltatrici e subappaltatrici di garantire *standard* sociali minimi <sup>(1732)</sup>. Si tratta di un'assoluta novità, non contemplata dalla Dir. 2004/18/CE, il cui significato sistemico si coglie dall'analisi della complessiva regolamentazione della procedura ad evidenza pubblica. In particolare l'art. 56, par. 1, prevede che l'amministrazione aggiudicatrice possa decidere di non aggiudicare un appalto all'offerente che presenti l'offerta economicamente più vantaggiosa, qualora questa non soddisfi gli *standard* sociali minimi di cui all'articolo 18, paragrafo 2. Parallelamente l'art. 57, par. 4, lett. a), sancisce la possibilità di escludere dalla gara un operatore economico che violi gli obblighi sanciti nell'articolo 18, par. 2. Tale facoltà è ribadita anche all'art. 69, par. 3, ai sensi del quale l'amministrazione aggiudicatrice respinge l'offerta se ha accertato che l'offerta è anormalmente bassa in quanto non rispetta gli obblighi di cui all'articolo 18, par. 2. Infine l'art. 71, par. 1 e 6 incarica le singole autorità nazionali di vigilare e garantire, mediante azioni adeguate, il rispetto degli obblighi di cui all'articolo 18, par. 2, legittimando l'adozione di meccanismi di responsabilità solidale tra subappaltatori e contraente principale ovvero introducendo sistemi di verifica del rispetto dei trattamenti sociali minimi anche da parte dei subappaltatori ed imponendo agli operatori economici di sostituire gli eventuali subappaltatori inadempienti.

Una particolare attenzione alle ragioni di tutela del lavoro è confermata dall'art. 70 della Direttiva Appalti pubblici, con il quale il legislatore europeo ha sancito la possibilità, come si è visto già ventilata nell'art. 26 Dir. 2004/18/CE, di introdurre "clausole sociali" <sup>(1733)</sup>. Le novità più rilevanti, rispetto alla previgente disciplina, sono l'eliminazione della necessaria verifica di compatibilità di tali clausole con il diritto europeo, chiaro segnale di piena compatibilità dell'istituto con l'ordinamento europeo, e l'esplicito riferimento alla possibilità di tutelare, oltre al reddito dei lavoratori, la continuità dell'occupazione. Tali novità, oltre a legittimare il modello regolativo delle clausole

<sup>(1730)</sup> Ci si riferisce a [Dir. 2014/24/UE Appalti pubblici](#); pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea il 28 marzo 2014. Per un primo commento si v. A. ALLAMPRESE - G. ORLANDINI, *Le norme di rilievo lavoristico nella nuova direttiva appalti pubblici*, RGL, 2014, I, 169-177.

<sup>(1731)</sup> Sul punto si v. G. MELI, *Clausole sociali. "Fair-outsourcing" delle pubbliche amministrazioni e paradigma della proporzionalità (Partel)*, DLM, 2014, 3, 737-741; secondo il quale «i documenti e gli atti legislativi europei in materia di appalti pubblici, se interpretati in termini globali e sistematici, rivelano un *climax* sociale, che da *pendant* con l'evoluzione della dimensione sociale nel diritto primario dell'UE, e assume valore esegetico nell'economia del giudizio di compatibilità delle clausole in commento».

<sup>(1732)</sup> Nello specifico, l'art. 18 comma 2 sancisce che «Gli Stati membri adottano misure adeguate per garantire che gli operatori economici, nell'esecuzione di appalti pubblici, rispettino gli obblighi applicabili in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dal diritto dell'Unione, dal diritto nazionale, da contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro elencate nell'allegato X».

<sup>(1733)</sup> Nello specifico, l'art. 70 prevede che «Le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere condizioni particolari in merito all'esecuzione dell'appalto, purché collegate all'oggetto dell'appalto ai sensi dell'articolo 67, paragrafo 3, e indicate nell'avviso di indizione di una gara o nei documenti di gara. Dette condizioni possono comprendere considerazioni economiche, legate all'innovazione, di ordine ambientale, sociale o relative all'occupazione».



sociali, possono leggersi anche come un velato invito alla CGUE a tenere in maggior considerazione le istanze sociali nel bilanciamento con le libertà di mercato.

Il nuovo quadro disegnato delle norme europee, sebbene sembri rimettere in discussione la lettura *pro market* operata dalla Corte di giustizia nei casi *Rüffert* e *Bundesdruckerei c. Stadt Dortmund*, è stato giudicato dai primi commentatori come non risolutivo e compromissorio <sup>(1734)</sup>.

Il mancato richiamo nell'allegato X alla convenzione OIL 94/1949 sulle clausole sociali, tra gli obblighi sanciti dalle disposizioni internazionali in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro, da rispettare e garantire nell'esecuzione dell'appalto pubblico ai sensi dell'art. 18, comma 2, della direttiva appalti, è stato letto dalla dottrina come una smentita del modello delle clausole sociali <sup>(1735)</sup> o, quanto meno, come volontà di lasciare alla Corte di giustizia il compito di giudicare, caso per caso, la compatibilità delle singole clausole sociali previste nei bandi di gara nazionali con l'art. 56 TFUE <sup>(1736)</sup>.

Sebbene l'atteggiamento prudente del legislatore europeo sia evidente, il mancato riferimento alla convenzione OIL 94/1949 non può essere decisivo né determinante per negare la legittimità dell'istituto delle clausole sociali. Al contrario, se si analizza con attenzione l'elenco contenuto nell'allegato X, c'è più di un motivo per auspicare un sostanziale rilancio.

In particolare, l'allegato X assicura il rispetto delle Convenzioni OIL contenute nel nocciolo duro dei diritti fondamentali dei lavoratori internazionalmente riconosciuti, applicabili in tutti gli Stati membri indipendentemente dalla ratifica formale delle singole Convenzioni <sup>(1737)</sup>. Tale riconoscimento non fa altro che rafforzare la cogenza e l'applicabilità della Convenzione n. 94, posto che la stessa OIL ha riconosciuto le clausole sociali stipulate a sensi della Convenzione 94/1949 come strumento idoneo a promuovere e garantire i diritti fondamentali del lavoro sanciti proprio dalle Convenzioni richiamate nell'allegato X e universalmente applicabili. <sup>(1738)</sup>.

In sostanza la Convenzione n. 94, anche se non è di per sé parte dei principi e dei diritti fondamentali del lavoro sanciti dall'OIL, non potrà non essere ricompresa nelle «misure adeguate per

<sup>(1734)</sup> Così A. ALLAMPRESE - G. ORLANDINI, *Le norme di rilievo lavoristico nella nuova direttiva appalti pubblici*, cit., 172 ss.

<sup>(1735)</sup> Si v., in particolare, S. COSTANTINI, *Il subappalto nelle recenti direttive europee in materia di appalti pubblici e concessioni*, in *Dall'impresa a rete alle reti d'impresa*, a cura di M.T. CARINCI, Giuffrè, 2015, 378-381.

<sup>(1736)</sup> Di tale opinione A. ALLAMPRESE - G. ORLANDINI, *Le norme di rilievo lavoristico nella nuova direttiva appalti pubblici*, 172.

<sup>(1737)</sup> In particolare figurano: Convenzione OIL 87 sulla libertà d'associazione e la tutela del diritto di organizzazione; Convenzione OIL 98 sul diritto di organizzazione e di negoziato collettivo; Convenzione OIL 29 sul lavoro forzato; Convenzione OIL 105 sull'abolizione del lavoro forzato; Convenzione OIL 138 sull'età minima; Convenzione OIL 111 sulla discriminazione nell'ambito del lavoro e dell'occupazione; Convenzione OIL 100 sulla parità di retribuzione; Convenzione OIL 182 sulle peggiori forme di lavoro infantile. Tali convenzioni sono state oggetto nel 1998 della Conferenza internazionale del lavoro ILO la quale ha prodotto la Dichiarazione sui principi e diritti fondamentali del lavoro che afferma espressamente che gli Stati membri dell'ILO, che abbiano o meno ratificato le Convenzioni fondamentali nn. 29, 87, 98, 100, 105, 111, 138, 182, sono obbligati «a osservare, promuovere e realizzare i principi relativi ai diritti fondamentali che sono oggetto di queste Convenzioni».

<sup>(1738)</sup> Emblematica risulta l'affermazione, contenuta nel Rapporto III (Parte IB), 97esima sessione, 2008, Conferenza internazionale del lavoro, ILO, Ginevra 2008, p. 99, secondo cui «the 1998 ILO Declaration and Convention No. 94 proceed on parallel directions and certainly share common objectives. Otherwise, what would be the point of pressing for the application of collectively agreed wages under Convention No. 94 if collective negotiation is not recognized? What would be the value of claiming higher standards for overtime pay and paid holidays for public contract workers if forced labour or child labour are not first eradicated? This underscores the complementarity of the two sets of principles and the importance of Convention No. 94 as a possible mechanism for promoting core labour standards».

garantire che gli operatori economici, nell'esecuzione di appalti pubblici, rispettino gli obblighi applicabili in materia di diritto [...] sociale e del lavoro stabiliti [...] dalle disposizioni internazionali in materia di diritto [...] sociale e del lavoro elencate nell'allegato X», così come richiesto dall'art. 18 comma 2, della nuova Dir. 2014/24/UE.

In altre parole, dal combinato disposto degli artt. 18 comma 2 e 70 dir. 2014/24/UE è possibile ricavare una presunzione di legittimità delle clausole sociali nell'ordinamento europeo in grado di garantire alle istanze protettive formulate dalle amministrazioni nazionali una piena cittadinanza all'interno del mercato unico europeo.

Del resto, ad avvalorare tale interpretazione vi sono le linee guida della Commissione europea nel 2008 nella Agenda sociale rinnovata <sup>(1739)</sup>, nella quale si invitavano «gli stati membri a ratificare e mettere in atto le più aggiornate Convenzioni dell'ILO» tra le quali lo stesso organismo internazionale ha incluso la Convenzione 94/1949.

## 6. Conclusioni.

Il rinnovato apparato regolativo europeo sembra legittimare il modello delle clausole sociali come tecnica regolativa in grado di tutelare i lavoratori assicurando il rispetto di una genuina e leale concorrenza nel mercato degli appalti pubblici, dando ragione al legislatore italiano e procedendo nella direzione tracciata dalla giurisprudenza costituzionale ed amministrativa.

Le nuove direttive su appalti e concessioni pubbliche, se recepite e rese cogenti, possono costituire un utile strumento per difendere i diritti sociali, garantire il rispetto di *standard* salariali ed occupazionali nazionali ed evitare il prodursi di dinamiche di *dumping*. Si profila, dunque, una straordinaria occasione per mettere in discussione i più recenti orientamenti "sociofagi" <sup>(1740)</sup> della Corte di giustizia europea.

Spunti interessanti in tal senso provengono dal disegno di legge delega n. 1678 del 2014, con il quale il Governo italiano è chiamato a recepire le direttive 23, 24, 25 del 2014, operando una completa riscrittura del Codice dei lavori pubblici. Nel testo approvato dal Senato <sup>(1741)</sup> emergono importanti e rilevanti novità in materia di clausole sociali, che paiono confermare l'interpretazione della Direttiva 24/2014/UE sopra proposta. In particolare, l'art. 1, comma 1, lett. cc, delega il Parlamento ad emanare una disciplina specifica per gli appalti pubblici di servizi, con particolare riguardo a quelli ad alta intensità di manodopera, nei quali il costo della manodopera è pari almeno al 50 per cento dell'importo totale del contratto, prevedendo «l'introduzione di "clausole sociali" per la stabilità occupazionale del personale impiegato» e legittimando, per la prima volta, quanto già sancito dalla Corte Costituzionale e dalla più recente giurisprudenza amministrativa.

<sup>(1739)</sup> Ci si riferisce a COM (2008) 412 finale, Bruxelles 3 luglio 2008, *Agenda sociale rinnovata: opportunità, accesso e solidarietà nell'Europa del ventunesimo secolo*.

<sup>(1740)</sup> Così sono stati definiti da U. CARABELLI, *Unione Europea e libertà economiche "sociofaghe" (ovvero, quando le libertà di circolazione dei servizi e di stabilimento si alimentano del dumping sociale)*, in *Il diritto del lavoro nell'Unione europea*, a cura di R. FOGLIA - R. COSIO, Giuffrè, 2011, 229 ss.

<sup>(1741)</sup> D.d.l. 18 novembre 2014 n. 1678 approvato dal Senato il 18 giugno 2015, in discussione alla Camera.

Sebbene «la faticosa marcia dei diritti dei sociali fondamentali» nell'ordinamento eurounitario <sup>(1742)</sup> sia lungi da raggiungere il traguardo finale, oggi più di ieri, sembra possibile un bilanciamento più attento alle ragioni del lavoro.

### Bibliografia.

AA.VV., *Il conflitto Sbilanciato. Libertà economiche e autonomia collettiva tra ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali*, a cura di A. VIMERCATI, Cacucci Editore, 2009.

ALARCÓN CARACUEL M. R., *La necessità di un capitolo sociale nella futura Costituzione europea*, LD, 2000, 4, 607.

ALLAMPRESE - G. ORLANDINI, *Le norme di rilievo lavoristico nella nuova direttiva appalti pubblici*, RGL, 2014, I, 169.

ALVINO I., *Appalti delle pubbliche amministrazioni e tutela dei lavoratori dipendenti da appaltatori e sub appaltatori*, in *Il lavoro pubblico in Italia*, a cura di U. CARABELLI - M. T. CARINCI, Cacucci, 2010, 281.

ASSANTI C., *Commento all'art. 36*, in *Commento allo statuto dei lavoratori*, C. ASSANTI - G. PERA, Cedam, 1972, 421.

BALANDI G. G., *Le «clausole a favore dei lavoratori» e l'estensione dell'applicazione del contratto collettivo*, RTDPC, 1973, 710.

BALDASSARRE A., *Iniziativa economica e privata*, in *Enc. Dir.*, 1971, 602.

BALLESTRERO M. V., *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di Giustizia «bilancia» il diritto di sciopero*, LD, 2008, 2, 371.

BELLAVISTA A., *La clausola sociale dell'art. 36 st. lav. e l'art. 2070 c.c.*, RIDL, 1999, II, 462.

BIAGI M., *Intervento*, in *Il dialogo fra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale del lavoro*, AA.VV., Giuffrè, 1994, 207.

BORELLI S. - GUAZZAROTTI A. - LORENZON S. (a cura di), *I diritti dei lavoratori nelle carte europee dei diritti fondamentali*, Jovene, 2012.

BORTONE R., *Commento all'art. 36*, in *Lo statuto dei lavoratori*, a cura di G. GIUGNI, Giuffrè, 1979, 646.

BRINO V., *Diritto del lavoro, concorrenza e mercato. Le prospettive dell'Unione europea*, Cedam, 2012.

CARABELLI U. - LECESE V., *Libertà di concorrenza e protezione sociale a confronto. Le clausole di favor e non regresso nelle direttive sociali*, *Contr. impr. Eur.*, 2005, 552.

CARABELLI U., *Una sfida determinate per il futuro dei diritti sociali in Europa: la tutela dei lavoratori di fronte alla libertà di prestazione dei servizi nella Ce*, RGL, 2007, I, 55.

---

<sup>(1742)</sup> Così B. VENEZIANI, *Nel nome di Erasmo da Rotterdam. La faticosa marcia dei diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario*, RGL, 2000, 4, 799-840.

CARABELLI U., *Note critiche a margine delle sentenze della Corte di Giustizia nei casi Laval e Viking*, DLRI, 2008, 117, 147.

CARABELLI U., *Unione Europea e libertà economiche "sociofaghe" (ovvero, quando le libertà di circolazione dei servizi e di stabilimento si alimentano del dumping sociale)*, in *Il diritto del lavoro nell'Unione europea*, a cura di R. FOGLIA - R. COSIO, Giuffrè, 2011, 229.

CARNELUTTI F., *Sul contratto di lavoro relativo ai pubblici servizi assunti da imprese private*, RDC, 1909 I, 416.

CARUSO B., *Nuove traiettorie del diritto del lavoro nella crisi europea. Il caso italiano*, in *Lavoro e diritti sociali nella crisi europea. Un confronto fra costituzionaliste giuslavoristi*, a cura di CARUSO B. - FONTANA G., il Mulino, 2015, 57-94.

CARUSO B., *I diritti sociali fondamentali dopo il Trattato di Lisbona (tanto tuonò che piovve)*, CSDLE, int., n. 81/2010.

CARUSO B., *I diritti sociali nello spazio sovranazionale e nazionale: indifferenza, conflitto o integrazione? (Prime riflessioni a ridosso dei casi Laval e Viking)*, *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 2008, 2, 11-59.

CARUSO B. - MILITELLO M. (a cura di), *I diritti sociali tra ordinamento comunitario e Costituzione italiana: il contributo della giurisprudenza multilivello*, CSDLE, coll., n. 1/2011.

CARUSO B. - ALAIMO A., *Dopo la politica i diritti: l'Europa "sociale" nel Trattato di Lisbona*, CSDLE, int., n. 82/2010.

CENTOFANTI S., *Sub art. 36*, in *Commentario dello Statuto dei lavoratori*, diretto da U. PROSPETTI, II, Giuffrè, 1975, 1195.

CERBO P., *La scelta del contraente negli appalti pubblici fra concorrenza e tutela della «dignità umana»*, *Foro Amm. TAR*, 2010, 1875.

COGNETTI S., *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Giappichelli, 2010.

CORTI M., *Contrattazione collettiva, libera circolazione e concorrenza in Europa*, RGL, 2007, III, 781.

CORTI M., *Le decisioni Itf e Laval della Corte di Giustizia: un passo avanti e due indietro per l'Europa sociale*, RIDL, 2008, I, 249.

COSTANTINI S., *La finalizzazione sociale degli appalti pubblici. Le "clausole sociali" fra tutela del lavoro e tutela della concorrenza*, CSDLE, it. n. 196/2014.

COSTANTINI S., *Limiti all'iniziativa economica privata e tutela del lavoratore subordinato: il ruolo delle c.d. "clausole sociali"*, *Ianus*, 2011, 199.

COSTANTINI S., *Il subappalto nelle recenti direttive europee in materia di appalti pubblici e concessioni*, in *Dall'impresa a rete alle reti d'impresa*, a cura di M.T. CARINCI, Giuffrè, 2015, 378.

MCCRUDDEN C., *The Rüffert Case and Public Procurement*, in *Market Integration and Public Services in European Union*, a cura di M. CREMONA, Oxford UP, Oxford, 2011, 130.

D'ADAMO V., *Le clausole sociali negli appalti pubblici: tra libera iniziativa economica e tutela della coesione sociale e territoriale*, *Urbanistica e appalti*, 2014, I, 7.

- DE MOZZI B., *Tutela dei lavoratori nell'appalto transnazionale e test di proporzionalità*, in *Dialogo tra Corti e principio di proporzionalità: atti del 1. Convegno dei Colloquia dei Ricercatori della Scuola di Giurisprudenza dell'Università di Padova*, a cura di M. BIANCHINI e G. GIOIA, Cedam, 2013, 279 ss.
- DE SALVIA A., *Non c'è due senza tre: la Core di giustizia nel caso Rüffert*, ADL, 2008, II, 1426.
- DEAKIN S., *The Lisbon Treaty, the Viking and Laval Judgments and the Financial Crisis: in Search of New Foundations for Europe's «Social Market Economy»*, in *The Lisbon Treaty and social Europe*, a cura di N. BRUUN - K. LÖRCHER - I. SCHÖMANN, Hart, Oxford - Portland (Oregon), 2012.
- DI CIOTTI E., *Il mercato delle libertà*, Il Mulino, 2006.
- FONDERICO G., *La selezione delle offerte e la verifica dell'anomalia (artt. 81-89)*, in *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Giappichelli, 2010, 508.
- FREEDLAND M. - PRASSL J. (a cura di), *Viking, Laval and Beyond*, Hart Publishing, 2014.
- GALETTA D. U., *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Giuffrè, 1998.
- GALGANO F., *Sub. Art. 41*, in *Commentario della Costituzione. Rapporti economici*, a cura di G. BARCA, Zanichelli-Società Editrice del Foro Italiano, 1982, II, 11.
- GHERA E., *Le c.d. clausole sociali: evoluzione di un modello di politica legislativa*, DRI, 2001, 133.
- GIAMPIERETTI M., *Il principio costituzionale di libera concorrenza: fondamenti, interpretazioni, applicazioni*, DS, 2003, 499.
- GIUBBONI S., *Diritti e solidarietà in Europa: i modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo*, Il Mulino, 2012.
- GIUBBONI S., *Cittadinanza, lavoro e diritti sociali nella crisi europea*, RDSS, 2013, III, 491.
- GIUBBONI S., *Libertà economiche fondamentali e diritto del lavoro, oggi, Europa e diritto privato*, 2015, vol. II, 493 ss.
- GIUGNI G., *Diritto sindacale*, Cacucci, 2012.
- GOTTARDI D., *Tutela del lavoro e concorrenza tra imprese nell'ordinamento dell'Unione europea*, DLRI, 2010, 128, 509.
- GUASTINI R., *L'interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè, 2004.
- ITZCOVICH G., *Bilanciamento ad hoc e bilanciamento definitivo. Bilanciamento «ragionevolmente definitivo»? Ponderazione tra principi e teoria dell'argomentazione giuridica nella ricerca di Giorgio Maniaci*, *Diritto e questioni pubbliche*, 2003, 3, 109.
- LUCIANI M., *La produzione economica privata*, Cedam, 1983.
- MANCINI F., *Sub art. 36*, in *Statuto dei diritti dei lavoratori*, in *Comm. c. c.*, a cura di V. SCIALOJA - G. BRANCA, Zanichelli, 1972, 542.
- MARESCA A., *Appunti preliminari su contrattazione collettiva e "liberalizzazione" dei servizi pubblici*, *Qad. Agnes.*, 2001, vol. I, 38.

- MELI G., *Clausole sociali. "Fair-outsourcing" delle pubbliche amministrazioni e paradigma della proporzionalità (Partell)*, DLM, 2015, 1, 67-88.
- MELI G., *Clausole sociali. "Fair-outsourcing" delle pubbliche amministrazioni e paradigma della proporzionalità (Partel)*, DLM, 2014, 3, 719-741.
- NAPOLETANO D., *Appalto di opere pubbliche e tutela dei diritti del lavoratore*, RGL, 1953, I, 267.
- OPPO G., *L'iniziativa economica*, RDC, 1988, I, 329.
- ORLANDINI G., *Mercato unico dei servizi e tutela del lavoro*, Franco Angeli, 2013.
- PACE A., *Problematicità delle libertà costituzionali*, Cedam, 1997.
- PERULLI A., *Globalizzazione e dumping sociale: quali rimedi?*, LD, 2011, I, 13-43.
- PINO G., *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali*, *Ragion pratica*, 2007, 28, 272.
- ROBLES M., *Il contratto di appalto nella disciplina italo-comunitaria*, *Studi sull'integrazione Europea*, 2007, 82.
- F. RÖDL, *La Corte di giustizia e il caso Rüffert: quali possibilità per una concorrenza «non distorta» in materia salariale nell'esperienza tedesca?*, in *Il conflitto Sbilanciato. Libertà economiche e autonomia collettiva tra ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali*, a cura di A. VIMERCATI, Cacucci Editore, 2009, 131.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER M., *El caso Rüffert ¿una constitucionalización del dumping social?*, *Relaciones Laborales*, 2008, 15-16, 83.
- ROMEO C., *Impresa assistita e diritto del lavoro*, Giuffrè, 1988, 168.
- SALANDRA V., *contratti di adesione*, RDC, 1928, I, 517.
- SANDULLI A., *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Cedam, 1998.
- SCARPELLI F., *Regolarità del lavoro e regole della concorrenza: il caso degli appalti pubblici*, RGL, 2006, 762.
- SCIARRA S., *Diritto del lavoro e diritto sociale europeo. Un'analisi delle fonti*, in *Il lavoro subordinato*, a cura di S. SCIARRA - B. CARUSO, vol. V, *Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, diretto da A. AJANI - G. A. BENACCHIO, Giappichelli, 2009, 1.
- TRIDIMAS T., *The General Principles of EU Law*, Oxford UP, 2006.
- TULLINI P., *Finanziamenti pubblici alle imprese e «clausole sociali»*, RTDPC, 1990, 33.
- VARDARO G., *Differenze di funzioni e di livelli fra contratti collettivi*, LD, 1987, 353.
- S. VARVA, *Il lavoro negli appalti pubblici*, in *Eternalizzazioni e tutela dei lavoratori*, a cura di M. AIMO - D. IZZI, Utet, 2014.
- VARVA S., *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. G. MATTAROLO - F. SACRPELLI, Utet, 2011, 335.
- VENEZIANI B., *La Corte di Giustizia ed il trauma del cavallo di Troia*, RGL, 2008, 2, 295.

VENEZIANI B., *Nel nome di Erasmo da Rotterdam. La faticosa marcia dei diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario*, RGL, 2000, 4, 799.

VINCENTI F., *Origine ed attualità della c.d. clausola sociale dell'art. 36 dello Statuto dei Lavoratori*, DL, I, 429.