



CENTRE FOR THE STUDY OF
EUROPEAN LABOUR LAW
"MASSIMO D'ANTONA"

Working Papers

Testo pubblicato a seguito di referaggio anonimo

La finalizzazione sociale degli appalti pubblici. Le "clausole sociali" fra tutela del lavoro e tutela della concorrenza*

WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 196/2014

© Stefano Costantini 2014
Università degli Studi di Genova Dipartimento di Giurisprudenza
costantini@economia.unige.it

WP CSDLE MASSIMO D'ANTONA.IT - ISSN 1594-817X
Centre for the Study of European Labour Law "MASSIMO D'ANTONA", University of Catania
On line journal, registered at Tribunale di Catania n. 1/2012 – 12.1.2012
Via Gallo, 25 – 95124 Catania (Italy)
Tel: +39 095230855 – Fax: +39 0952507020
csdle@lex.unict.it
<http://csdle.lex.unict.it/workingpapers.aspx>



La finalizzazione sociale degli appalti pubblici. Le "clausole sociali" fra tutela del lavoro e tutela della concorrenza* α - β

Stefano Costantini
Università di Genova

1. Appalti pubblici e concorrenza	3
1.1. La finalizzazione sociale degli appalti pubblici.....	4
1.1.1. Finalità sociali e c.d. "clausole sociali"	6
2. Definizione del campo d'indagine. Quale nozione di concorrenza?	8
2.1. I differenti mercati degli appalti	10
2.2. I possibili approcci al tema della finalizzazione sociale degli appalti pubblici nelle diverse fasi dell'appalto	13
3. La tutela del diritto a condizioni di lavoro dignitose. Le cause di esclusione dagli appalti pubblici.....	14
3.1. La rilevanza del documento unico di regolarità contributiva	16

* Il contributo è stato sottoposto a peer-review anonima da un revisore selezionato dalla Direzione della collana. Ricevuto il 10/11/2013; accettato il 08/01/2014; pubblicato il 18/01/2014

^{α} Ringrazio il Prof. F. Scarpelli ed il Prof. G. Taccogna per l'accurata lettura della ricerca, quando era ancora in versione provvisoria, per le osservazioni critiche ed i preziosi suggerimenti. Lacune ed omissioni presenti nella versione definitiva del presente studio, ovviamente, sono da imputarsi interamente all'autore.

^{β} Nel momento in cui le bozze del presente contributo erano in correzione, in data 15 gennaio 2014, sono state licenziate in via definitiva la Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sugli appalti pubblici; la Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali; la Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sull'aggiudicazione dei contratti di concessione. Lo studio, quindi, non tiene conto delle ultime modifiche intervenute in sede di approvazione. L'autore si riserva di procedere all'aggiornamento del contributo, dopo aver attentamente valutato le differenze intercorrenti fra il testo delle proposte di direttive esaminate e la versione definitiva delle direttive medesime.

3.1.1. La congruità del costo della manodopera	21
Come accennato in precedenza, il DURC attesta non soltanto la regolarità contributiva delle imprese che partecipano alle gare pubbliche, ma anche, ai sensi dell'art. 118, c. 6 bis, del Codice degli Appalti, la congruità della incidenza della manodopera relativa allo specifico contratto affidato. E proprio la congruità del costo del lavoro rappresenta un parametro tutelato in differenti "disposizioni sociali", che riguardano fasi diverse dell'appalto pubblico.	
3.1.2. La giustificazione delle offerte anormalmente basse, con riferimento ai minimi di trattamento economico dei lavoratori dipendenti.....	26
3.2. Le norme a tutela delle condizioni di lavoro, le "clausole sociali" e la concorrenza "all'interno del mercato"	31
3.2.1. Le "clausole sociali" e la concorrenza "nell'accesso al mercato".....	36
3.2.2. Le "clausole sociali" e l'impianto delle direttive europee sugli appalti pubblici	40
3.3. Le disposizioni poste a tutela dei livelli occupazionali	45
3.3.1. Le clausole sociali nella giurisprudenza della Corte di Giustizia	50
3.3.2. Contrattazione collettiva e tutela dei livelli occupazionali	52
4. Le "clausole sociali" e la promozione di standards sociali elevati	56
4.1. La riserva a favore dei "laboratori protetti"	61
5. Riflessioni conclusive sulla primazia delle logiche concorrenziali sui diritti sociali dei lavoratori nella disciplina degli appalti pubblici. Spunti critici	66
6. Riferimenti bibliografici.....	72

1. Appalti pubblici e concorrenza

Negli ultimi anni, il tema della regolazione dei mercati degli appalti pubblici ha acquisito una rilevanza crescente, del resto facilmente comprensibile: gli appalti pubblici rappresentano un settore economico strategico e centrale nell'economia nazionale ed in quella europea, dal momento che «i beni ed i servizi comprati dagli enti pubblici rappresentano quasi il 17% del P.I.L. dell'U.E.»¹.

Il tema della regolazione dei mercati degli appalti pubblici è stato studiato, soprattutto, nell'ottica del diritto della concorrenza: a livello europeo, infatti, è ormai consolidata l'opinione secondo cui la concorrenza nel mercato degli appalti pubblici e delle concessioni di pubblici servizi «garantisca di per sé "un'allocatione efficiente delle risorse, migliorando la qualità dei servizi pubblici e stimolando la crescita economica [...] e la creazione di posti di lavoro"»², ed è altresì consolidata la convinzione che un elevato livello concorrenziale sia fondamentale «nell'attuale contesto di gravi restrizioni di bilancio e di difficoltà economiche che hanno colpito molti Stati membri» dell'Unione europea, per raggiungere un livello di maggiore efficienza della spesa pubblica³.

Proprio la volontà di «creare condizioni di forte concorrenza per gli appalti pubblici aggiudicati nel mercato interno»⁴ ha dato impulso alla (proposta di) revisione della disciplina europea degli appalti pubblici vigente: ad oggi, infatti, il potenziale del mercato europeo degli appalti pubblici non è sfruttato pienamente, considerato, ad esempio, che gli

¹ COM(2010) 608 def. ("Verso un atto per il mercato unico"). La stima della spesa per gli appalti pubblici è stata poi rivista al rialzo nella COM(2011) 206 def. ("Atto per il mercato unico"), essendo stata rideterminata nella misura del 18% del Pil a livello europeo (crescendo di due punti percentuali rispetto al 2003: cfr. Clarich, Fiorentino, 2007, 3; Mele 2007, 27 ss.). Per quanto riguarda la situazione italiana, l'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».

² Scarpelli, 2006a, 762, che riporta uno stralcio della COM(1998) 143 def. (Libro bianco "Gli appalti pubblici nell'Unione Europea"). Cfr. anche Robles, 2007, 82.

³ Libro verde "Sulla modernizzazione della politica dell'Unione europea in materia di appalti pubblici. Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti": COM(2011) 15 def.

⁴ Cfr. nuovamente COM(2011) 15 def.

appalti pubblici transfrontalieri costituiscono «solo circa l'1,5% di tutte le aggiudicazioni di appalti pubblici»⁵.

La disciplina è in piena evoluzione: il Libro verde "Sulla modernizzazione della politica dell'Unione europea in materia di appalti pubblici" ha rappresentato il preludio alla presentazione di tre proposte di direttiva in materia di appalti pubblici⁶, che dovrebbero sostituire ed integrare la normativa in vigore (direttiva 2004/17/CE, del 31 marzo 2004, in materia di procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali; direttiva 2004/18/CE, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi).

Le disposizioni contenute nelle proposte di direttiva (che dovrebbero essere approvate definitivamente entro la fine del mese di gennaio 2014) sono funzionali alla predisposizione di gare di appalto maggiormente efficienti e semplificate, assicurando il rispetto dei principi di pubblicità, trasparenza e parità di trattamento dei contraenti privati, ai fini di una maggiore e migliore concorrenza fra le imprese, con minori investimenti in termini di tempo e spesa pubblica.

Come conseguenza necessaria del mutato quadro europeo, dovrebbe essere sottoposto a revisione anche il d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 ("Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture"⁷), attualmente vigente.

1.1. La finalizzazione sociale degli appalti pubblici

L'attuale disciplina europea relativa al mercato degli appalti pubblici è finalizzata alla garanzia ed alla promozione del gioco concorrenziale e così anche la vigente disciplina nazionale. Il Codice degli Appalti, che ha trasposto nell'ordinamento interno le Dir. n. 2004/17/CE e

⁵ COM(2010) 608 def., con riferimento ai dati relativi al 2009. Simili considerazioni si rinvengono anche in COM(2011) 206 def., ove si afferma che, «in effetti, la percentuale di appalti pubblici che vengono aggiudicati alle imprese di un altro Stato membro è tuttora relativamente scarsa, soprattutto se paragonata al tasso di penetrazione nei mercati privati». In questa sede, non si prenderanno in considerazione i problemi legati all'apertura del mercato degli appalti pubblici alle imprese esterne al mercato europeo, affrontati in un'apposita proposta di regolamento per l'accesso di beni e servizi di Paesi terzi al mercato degli appalti pubblici dell'Unione Europea: COM(2012) 124 fin. Considerazioni sul tema del rispetto dei diritti dei lavoratori nell'economia globalizzata in Perulli, 1999.

⁶ COM(2011) 895 def. ("Proposta di direttiva sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali"); COM(2011) 896 def. ("Proposta direttiva sugli appalti pubblici"); COM(2011) 897 def. ("Proposta direttiva sull'aggiudicazione dei contratti di concessione").

⁷ D'ora innanzi indicato anche come "Codice degli Appalti". In generale, sugli obiettivi che si è posto il legislatore con l'emanazione di tale Codice, cfr. Robles, 2007, 56-58.

2004/18/CE menzionate sopra, conformemente alle direttive, è improntato (art. 2) ai principi di economicità ed efficacia dell'affidamento e di tempestività, trasparenza, pubblicità e correttezza delle procedure: altrettanto rilievo, tuttavia, assumono i principi della libera concorrenza fra appaltatori e dell'apertura dei mercati, con i corollari della parità di trattamento e non discriminazione fra le imprese partecipanti alla gara⁸.

Le proposte di revisione della disciplina degli appalti pubblici hanno certamente come obiettivo l'innalzamento del tasso di concorrenzialità e concorrenza sui mercati, in funzione dell'approvvigionamento di beni, lavori e servizi alle condizioni più favorevoli per le pubbliche amministrazioni. Tuttavia, questo non rappresenta l'unico motivo per cui è stata proposta la revisione della disciplina degli appalti pubblici. Nell'ultimo decennio, infatti, è emersa la consapevolezza di poter utilizzare gli appalti pubblici a sostegno di obiettivi sociali comuni, fra cui la promozione dell'inclusione sociale, attraverso l'innalzamento dei livelli occupazionali e la realizzazione di politiche sociali⁹. Più in particolare, le finalità sociali che possono essere incluse nelle procedure di appalto riguardano:

a) la promozione delle "opportunità di occupazione", espressione alla quale si può attribuire l'ampio significato di «promozione dell'occupazione giovanile; promozione dell'equilibrio di genere [...] 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 [...] promozione delle opportunità di occupazione per le persone con disabilità»;

b) la promozione del "lavoro dignitoso", da intendersi come instaurazione di rapporti di lavoro in cui siano garantiti non soltanto il rispetto dei principi della parità di genere e della non discriminazione, ma anche la «conformità con le norme fondamentali di lavoro»; una «retribuzione dignitosa»; l'osservanza delle disposizioni in materia «di salute e sicurezza sul luogo di lavoro»; l'«accesso alla formazione» ed «alla protezione sociale di base»;

c) la promozione dell'osservanza dei "diritti sociali e lavorativi" (ossia l'«osservanza delle normative e dei contratti collettivi nazionali conformi con il diritto dell'Unione europea »);

⁸ Questi principi hanno da sempre rappresentato i *concepts pivots* su cui il legislatore (sia quello europeo, sia quello italiano) ha eretto i testi normativi in materia di pubblici appalti: cfr., per tutti, Cassese, 1995, 38-39.

⁹ Cfr. Huber, 2003, 115 ss.; Arnould, 2004, 187 ss.; Mc Crudden, 2004, 257 ss.

d) il supporto della "inclusione sociale" e la promozione delle organizzazioni dell'economia sociale (che implicano – fra l'altro – la «promozione dell'occupazione assistita per persone con disabilità»)¹⁰.

Il perseguimento ed il raggiungimento di finalità sociali attraverso gli appalti pubblici è funzionale alla concreta realizzazione delle *guidelines* sull'affidamento delle concessioni e dei lavori pubblici indicate nella COM(2010) 2020 def. ("Strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva. Europa 2020")¹¹ e si pone – fra l'altro – nel solco tracciato dall'art. 9 Tfeue, che invita l'Unione, nella definizione e nell'attuazione delle politiche e delle azioni, a tener 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 sociale¹².

1.1.1. Finalità sociali e c.d. "clausole sociali"

Nell'ottica della realizzazione di finalità sociali, particolare rilievo assumono le c.d. "clausole sociali", che rappresentano un modello di politica legislativa che si è evoluto e che continua ad evolversi nel tempo¹³. Per "clausole sociali" (in senso proprio) devono intendersi quelle previsioni, di fonte normativa o contrattuale, che impongono specifici obblighi a carico dei soggetti appaltatori o concessionari nella fase di esecuzione dell'appalto e che «condizionano o limitano la libertà economica e i principi dell'economia di mercato, subordinandoli ad interessi socialmente rilevanti»¹⁴.

In origine, alla nozione di "clausola sociale" erano ricondotte quelle disposizioni, presenti nella disciplina degli appalti pubblici già a partire dal XIX secolo, tese ad imporre sulle imprese appaltatrici l'onere di garantire ai lavoratori un "equo trattamento"¹⁵ (e, nella legislazione post-corporativa, un trattamento retributivo e normativo non inferiore rispetto a quello previsto nei contratti collettivi di lavoro¹⁶). In un secondo momento, queste disposizioni si sono diffuse anche nella legislazione di sostegno alle imprese da parte dello Stato, con riguardo alla concessione

¹⁰ Tutte le citazioni sono tratte da Commissione europea (Direzione generale per l'Occupazione, gli affari sociali e le pari opportunità; Direzione generale del Mercato interno e dei servizi), 2010, *Acquisti sociali. Una guida alla considerazione degli aspetti sociali negli appalti pubblici*, 7-8.

¹¹ Cfr. COM(2011) 15 def.

¹² Ampiamente, sull'art. 9 Tfeue, cfr. Ferrara, 2013, 295 ss.; Perulli, 2013, par. 3.

¹³ Cfr. Ghera, 2001, 133 ss.

¹⁴ Varva, 2011a, 335.

¹⁵ Cfr. Carnelutti, 1909, 416 ss.

¹⁶ Cfr. Napoletano, 1953, 276.

di benefici ed agevolazioni di carattere finanziario o creditizio¹⁷ e, *last but not least*, nella legislazione relativa alla concessione di pubblici servizi¹⁸.

Il "processo di espansione" delle clausole sociali è continuato: tali clausole sono state utilizzate dal legislatore per regolamentare ulteriori segmenti di mercato e ad esse sono state attribuite nuove funzioni¹⁹. Alla famiglia delle "clausole sociali", infatti, sono state ricondotte le disposizioni finalizzate alla regolazione degli effetti sociali e, soprattutto, occupazionali derivanti dalla successione di diversi imprenditori nell'esecuzione delle opere pubbliche e nella gestione dei servizi pubblici dati in affidamento e/o concessione a soggetti privati: tali disposizioni impongono alle imprese l'obbligo di garantire l'occupazione ai lavoratori coinvolti.

Più recentemente, sono state ricondotte alla nozione di "clausola sociale" anche quelle disposizioni, presenti nella *lex specialis* delle gare di aggiudicazione di appalti e concessioni pubblici, finalizzate a favorire «l'integrazione in un'attività economica di obiettivi di carattere sociale»²⁰, perseguendo «obiettivi di elevazione della professionalità dei lavoratori coinvolti [...] di promozione di azioni positive o di pari opportunità»²¹.

Le clausole sociali in senso proprio, come, più in generale, le disposizioni che riguardano aspetti sociali nelle procedure e nelle dinamiche delle gare d'appalto perseguono, dunque, due finalità distinte: da un lato, la tutela del diritto al lavoro dei lavoratori dipendenti coinvolti negli appalti pubblici (inteso nel duplice senso di diritto a condizioni di lavoro dignitose e di diritto all'occupazione); dall'altro, lo sviluppo di *standards* di tutela sociale avanzati²².

Il contesto in cui sono perseguiti questi obiettivi, tuttavia, è un quadro normativo fondamentalmente teso alla protezione ed alla promozione della concorrenza fra le imprese. Un contesto – *ça va sans dire* – se non proprio ostile, almeno non amichevole: com'è stato chiaramente precisato, infatti, «la necessità di affrontare le sfide a valenza sociale non deve ridurre l'efficienza degli appalti pubblici. Pur tenendo conto di considerazioni di carattere politico nel contesto degli appalti pubblici, sarà necessario evitare [...] la distorsione della concorrenza nei mercati degli appalti»²³.

¹⁷ Cfr. Romeo, 1983, 254 ss.; Tullini, 1990, 33 ss.

¹⁸ Cfr. Pera, 1998, 2426; Varva, 2011b, 332.

¹⁹ Cfr. Ghera, 2001, 152.

²⁰ Scarpelli, 2006a, 758.

²¹ Scarpelli, 2006b, 23; Scarpelli, 2011, 308.

²² Scarpelli, 2006a, 763.

²³ COM(2011) 15 def., par. 4.

Proprio le difficoltà derivanti dal contesto in cui si inseriscono stimolano ad approfondire la ricerca per verificare fino a che punto le "disposizioni sociali" (in un'ampia accezione, al cui interno si collocano le clausole sociali) possano spingersi nella tutela delle condizioni di lavoro e dell'occupazione dei lavoratori coinvolti, senza che il gioco concorrenziale delle imprese sul mercato sia irrimediabilmente distorto (o, comunque, eccessivamente compresso).

2. Definizione del campo d'indagine. Quale nozione di concorrenza?

Prima di addentrarci nell'analisi della disciplina delle disposizioni che tendono alla finalizzazione sociale degli appalti, sono necessarie due puntualizzazioni in merito al campo d'indagine: la prima di esse riguarda la nozione di "concorrenza" assunta ai fini della presente ricerca.

Come abbiamo già avuto modo di rilevare, fra i principi che regolano la disciplina degli appalti pubblici, vi è quello della libera concorrenza: in proposito, basta ricordare il considerando n. 2, Dir. 2004/18/CE, ove si dispone che «per gli appalti pubblici [...] è opportuno elaborare disposizioni di coordinamento comunitario delle procedure nazionali di aggiudicazione di tali appalti [...] in modo da [...] assicurare l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza», oltre al già citato art. 2, c. 1, del Codice degli Appalti²⁴.

Resta però da chiarire cosa debba intendersi per concorrenza.

Per dare una risposta a questo interrogativo, si può partire dal disposto dell'art. 41 Cost., ove è sancita la libertà di iniziativa economica, da cui gli interpreti fanno discendere il riconoscimento della libertà di concorrenza, nel senso che la libertà d'iniziativa economica del singolo si presenta, in rapporto all'iniziativa economica degli altri, come libertà di concorrenza²⁵. In altri termini, l'individuazione del principio di libera iniziativa economica «è al contempo fonte di una libertà del cittadino verso lo Stato e di una libertà del cittadino verso gli altri cittadini»; e di questa libertà «possono fruire, per un medesimo settore di attività, più imprenditori e, in linea di principio, una pluralità illimitata d'imprenditori»²⁶.

In verità, la riconducibilità della libertà di concorrenza alla tutela garantita dall'art. 41 Cost. alla libertà d'iniziativa economica costituisce

²⁴ D'Alberti, 2008, 297.

²⁵ Sul punto cfr. le opinioni di Baldassarre, 1971, 602, nt. 59; Galgano, 1982, 11; Oppo, 1988, 329; Morbidelli 1989, par. 10; Pace, 1997, 462 ss.; Niro, 2006, 857.

²⁶ Giampieretti, 2003, 499.

una acquisizione relativamente recente²⁷, cui ha contribuito in modo determinante la Corte Costituzionale²⁸; ed è sempre la Corte Costituzionale che, stante la mancanza di una definizione normativa di concorrenza come bene giuridicamente tutelato²⁹, ha definito in modo preciso il concetto di "concorrenza".

Occorre a tal proposito ricordare che, secondo ricostruzioni dottrinali consolidate, la libera concorrenza è garantita dalle misure legislative di tutela in senso proprio, che hanno ad oggetto la regolamentazione degli atti e dei comportamenti delle imprese che influiscono negativamente sull'assetto concorrenziale dei mercati: la concorrenza, perciò, è definita in termini di competizione "all'interno del mercato"; ne discende che «il "valore" sotteso alla disciplina costituzionale delle attività economiche» è la libertà di concorrenza intesa come «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»³⁰.

Nel definire la nozione di concorrenza, la Corte Costituzionale è andata oltre: a più riprese, infatti, ha affermato che il principio di libertà di concorrenza concerne anche «misure legislative 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" (per lo più dirette a tutelare la concorrenza "nel" mercato)», e, inoltre, «misure legislative che perseguono il fine di assicurare procedure concorsuali di garanzia mediante la strutturazione di tali procedure in modo da realizzare "la più ampia apertura del mercato a tutti gli operatori economici" (dirette a tutelare la concorrenza "per" il mercato)»³¹.

In queste pronunce della Corte Costituzionale emerge, dunque, una nozione di concorrenza "nell'accesso al mercato" tutelata dall'ordinamento: la concorrenza deve essere protetta, infatti, anche nel

²⁷ In senso contrario, si era pronunciata parte (rilevante) della dottrina: cfr., ad esempio, Spagnuolo Vigorita, 1959, 224; Irti, 1998, 95.

²⁸ In questo senso, cfr. Corte Cost. 9 marzo 2007, n. 64, in *Giur. Cost.*, 2007, 616. In verità, già Corte Cost. 16 dicembre 1982, n. 223 (in *Foro it.*, 1983, I, 12), aveva già affermato che «la libertà di concorrenza tra imprese [...] integra la libertà d'iniziativa economica che spetta nella stessa misura a tutti gli imprenditori».

²⁹ Cfr. Libertini, 2010, 197.

³⁰ Pace, 1993, 328-329.

³¹ *Ex multis*, Corte Cost. 23 novembre 2007, n. 401, in *Giur. Cost.*, 2007, 4447; 14 dicembre 2007, n. 430, in *Foro amm. CDS*, 2007, 3356; 14 marzo 2008, n. 68; in *Giur. Cost.*, 2008, 906; 12 febbraio 2010, n. 45, in *Quad. Reg.*, 2010, 723; 17 novembre 2010, n. 325, in *Foro It.*, 2011, I, 1332.

momento antecedente a quello dell'esplicarsi del gioco concorrenziale fra le imprese, ovvero sia quello dell'apertura dei mercati.

Queste due visioni della concorrenza non sono fra loro antitetiche, ma complementari o, meglio, "coessenziali": la concorrenza, infatti, non può prescindere dall'apertura dei mercati, che implica l'eliminazione delle barriere all'entrata e la riduzione dei vincoli al libero esplicarsi della competizione³².

Tenendo conto di entrambe le prospettive, la nozione di "concorrenza" propria del nostro diritto interno riflette quella elaborata in ambito europeo³³, che include sia la libertà di concorrenza "all'interno del mercato" (il cui nucleo è rappresentato dalle previsioni di cui all'art. 119, c. 1, Tfu, cui si sommano i divieti di comportamenti anticoncorrenziali e di aiuti di Stato, ex artt. 101, 102, 106 e 107, Tfu), sia la concorrenza "nell'accesso al mercato" (artt. 26 e 56, Tfu). Più precisamente, la nozione di libera concorrenza "nell'accesso al mercato" si estrinseca nella garanzia dei principi della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi (nonché dei principi che ne derivano, quali i principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di riconoscimento reciproco, di proporzionalità e di trasparenza)³⁴.

L'applicabilità di questi principi al mercato degli appalti pubblici, peraltro, è indubbia, essendo esplicitamente prevista dal considerando n. 2, Dir. 2004/18/CE (ma anche dal considerando n. 9, Dir. 2004/17/CE), sicché, per un corretto approccio al tema degli appalti pubblici, appare opportuno studiarne la disciplina interna alla luce dei principi europei della concorrenza, traendo indicazioni non soltanto dalla giurisprudenza nazionale, ma anche da quella della Corte di Giustizia.

2.1. I differenti mercati degli appalti

Chiarita la nozione di concorrenza posta al centro di questa indagine, è necessario ora identificare le fonti della disciplina dell'affidamento degli appalti pubblici sulle quali verrà focalizzata la ricerca³⁵.

³² Occhiocupo, 2010, 19.

³³ Cfr. le sentenze della Corte Costituzionale citate in nt. 31.

³⁴ Sull'influenza del diritto europeo sulla nozione (e sulla disciplina) della concorrenza nell'ordinamento interno, cfr. Grottanelli De' Santi, 1996, 981 ss.; Lottini, 2004, 541 ss.; Cintioli, 2009, 373 ss.

³⁵ In questa sede, non ci si sofferma sulla distinzione fra "procedure di affidamento aperte e ristrette", "procedure negoziate" e "dialogo competitivo", poiché le considerazioni svolte nel proseguimento dell'indagine si possono sostanzialmente ritenere riferibili a tutte queste differenti modalità di affidamento dell'appalto. È sufficiente ricordare che «le procedure aperte e procedure ristrette rappresentano le procedure "ordinarie" per l'affidamento di

In questa analisi, saranno prese in considerazione le direttive (e le proposte di direttiva) europee in materia di pubblici appalti ed il Codice degli Appalti, deputato a trasporre nell'ordinamento italiano la disciplina europea sugli appalti, e saranno messi in luce i profili di criticità che emergono dall'analisi di questo stesso Codice nel suo rapporto con la disciplina europea alla quale dà attuazione.

Per quanto riguarda la disciplina italiana, è però necessario precisare che ci si soffermerà soltanto sul regime "ordinario" degli appalti pubblici³⁶, mentre non saranno presi in esame il regime previsto per le cosiddette "infrastrutture strategiche" (teso a porre tali interventi in un

appalti [...] Entrambe sono caratterizzate da un basso livello di discrezionalità in capo all'amministrazione nella scelta del contraente privato e presuppongono che l'amministrazione stessa sia in grado di definire sin dall'inizio e in modo puntuale l'oggetto del contratto e le relative specifiche tecniche, affinché le imprese possano presentare offerte da subito definitive, in quanto non più rinegoziabili (quantomeno, relativamente agli aspetti essenziali del contratto)» (Decarolis, Giorgiantonio, Giovanniello, 2010, 7). Per queste procedure, sono applicabili sia il criterio di aggiudicazione "del prezzo più basso", sia quello "dell'offerta economicamente più vantaggiosa" (*infra*, par. 3.1.1). Invece, le procedure negoziate «sono quelle in cui le stazioni appaltanti consultano gli operatori economici da loro scelti e negoziano con uno o più di essi le condizioni dell'appalto [...] Tali procedure, in quanto derogatorie rispetto al divieto generale di rinegoziazione delle offerte, rivestono per lo più carattere eccezionale e sono ammissibili, salvo che per importi inferiori a 500.000 euro, solo in presenza di determinate condizioni [...] prevalentemente legate all'urgenza della realizzazione dei lavori e al fatto che, in esito all'esperimento delle altre procedure, non sia stata presentata nessuna offerta, o nessuna offerta appropriata, o nessuna candidatura» (Decarolis, Giorgiantonio, Giovanniello, 2010, 9). Anche alle procedure negoziate (che si possono distinguere fra quelle "con pubblicazione di bando di gara" e quelle "senza pubblicazione di bando di gara") sono applicabili il criterio di aggiudicazione "del prezzo più basso" e quello "dell'offerta economicamente più vantaggiosa". Infine, «il ricorso al dialogo competitivo è limitato agli "appalti particolarmente complessi", per i quali non sia possibile il ricorso alle procedure aperte o ristrette: per tali intendendosi quelli nei quali l'amministrazione non è oggettivamente in grado di definire *ex ante* i mezzi tecnici atti a soddisfare le sue esigenze ovvero l'impostazione giuridica o finanziaria di un progetto», ovvero quelli «per i quali la stazione appaltante non dispone, a causa di fattori oggettivi a essa non imputabili, di studi in merito all'identificazione e alla quantificazione dei propri bisogni o all'individuazione dei mezzi per il soddisfacimento degli stessi». In queste procedure di affidamento degli appalti pubblici, «il criterio di aggiudicazione applicabile è esclusivamente quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa» (Decarolis, Giorgiantonio, Giovanniello, 2010, 10). Ampiamente sui sistemi di aggiudicazione degli appalti, Dipace, 2013, 485 ss.

³⁶ Come rileva Robles, 2007, 67, l'art. 30 del Codice degli appalti stabilisce l'inapplicabilità delle disposizioni in materia di appalti pubblici alle concessioni di servizi, fermo restando il rispetto dei principi del Tfue e dei principi generali di trasparenza, pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, in funzione della scelta del concessionario, attraverso lo svolgimento di apposite gare. L'art. 142, c. 3, del Codice degli Appalti, però, stabilisce che «alle concessioni di lavori pubblici, nonché agli appalti di lavori pubblici affidati dai concessionari che sono amministrazioni aggiudicatrici, si applicano, salvo deroghe puntuali previste nel presente capo, le disposizioni del presente codice».

contesto speciale di alta priorità), di cui agli artt. 161-194 del Codice degli Appalti, ed il regime relativo agli interventi programmati nell'ambito del "Quadro strategico nazionale", di cui alla l. 28 gennaio 2009, n. 2. Questi due ultimi regimi, infatti, presentano caratteri affatto peculiari, riconducibili a specifiche modalità di realizzazione delle opere e ad istituti particolari, incompatibili con la generalità degli interventi³⁷.

Così delimitato, il campo d'indagine comprenderà sia gli appalti di rilevanza europea, sia i cosiddetti appalti "sotto soglia" (artt. 121-125 del Codice degli Appalti)³⁸.

La possibilità di prendere in considerazione entrambi i tipi di appalti è dovuta al fatto che, ai sensi dell'art. 121 del Codice, agli appalti "sotto soglia" è applicabile la normativa che disciplina i contratti di rilevanza europea, per quanto non espressamente derogata dalle disposizioni previste agli artt. 121-125 del Codice medesimo, e, soprattutto, al fatto che la distinzione fra appalti di rilevanza europea ed appalti "sotto soglia" non ha rilievo né per le regole in materia di lavoro³⁹, né per i principi che regolano la concorrenza fra le imprese⁴⁰, che trovano applicazione in entrambi (salvo alcune limitate eccezioni, di cui si darà conto).

Pertanto, l'analisi sarà tralasciata esclusivamente sulla disciplina prevista nel Codice degli Appalti: non è infatti possibile in questa sede dare conto delle molteplici leggi regionali e degli altrettanto numerosi regolamenti provinciali e comunali (contenenti previsioni anche in parte difformi rispetto a quelle del Codice), che caratterizzano la disciplina dell'assegnazione dei lavori pubblici in Italia⁴¹ e che, molte volte, hanno

³⁷ Cfr. Decarolis, Giorgiantonio, Giovanniello, 2010, 6 (specialmente nt. 5).

³⁸ Il valore per determinare la rilevanza europea (o meno) di un appalto è indicato all'art. 28 del Codice degli Appalti intitolato, appunto, "Importi delle soglie dei contratti pubblici di rilevanza europea". Riguardo alle soglie di applicazione in materia di procedure di aggiudicazione degli appalti, cfr. anche il recente Regolamento (UE) n. 1336/2013, del 13 dicembre 2013.

³⁹ Cfr. Varva, 2011b, 333, e lì ulteriori riferimenti bibliografici.

⁴⁰ Cfr. Paparo, 2010, 951 ss. Per la giurisprudenza europea, cfr. Cgce 7 dicembre 2000, C-324/98, *Telaustria Verlags GmbH* (con l'acronimo Cgce, viene indicata la Corte di Giustizia delle Comunità Europee, che, in seguito all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, ha cambiato nome in Corte di Giustizia dell'Unione Europea: pertanto, per le sentenze posteriori al 1° dicembre 2009 sarà utilizzato l'acronimo Cgue). Le sentenze della Corte di Giustizia citate in questa ricerca sono rinvenibili all'interno del sito <http://curia.europa.eu/>.

⁴¹ Com'è stato evidenziato, il Codice degli appalti è intervenuto «sull'aspetto delle competenze dei livelli istituzionali, prevedendo che fra Stato e Regioni vi sia competenza concorrente in alcune materie, fra cui la programmazione dei lavori pubblici e l'organizzazione amministrativa (art. 4, c. 2)»; resta, invece, di potestà esclusiva statale la disciplina-quadro dell'affidamento dei lavori pubblici, con riferimento «alla gara per l'affidamento dei lavori (la qualificazione, la selezione dei concorrenti, le procedure di affidamento, i criteri di aggiudicazione); alla vigilanza sul mercato; al contenzioso (art. 4, c.

come ambito di applicazione oggettivo proprio gli appalti "sotto soglia", ove il legislatore interno ha a disposizione maggiori "spazi di manovra" rispetto a quelli, angusti, che gli sono lasciati dalla necessaria applicazione della puntuale disciplina europea (come recepita nel Codice degli Appalti) nel caso degli appalti "sopra soglia".

2.2. I possibili approcci al tema della finalizzazione sociale degli appalti pubblici nelle diverse fasi dell'appalto

Una volta delimitato il campo d'indagine, è necessaria un'ulteriore, importante precisazione di ordine metodologico prima di addentrarsi nell'analisi delle "disposizioni sociali": questo tema, infatti, può essere affrontato in base a due approcci differenti.

È possibile esaminare la tematica delle "disposizioni sociali" che si rinvencono nel *corpus* delle direttive europee e del Codice degli Appalti, cercando di classificarle in base allo scopo che esse si prefiggono: se quello di tutelare il diritto al lavoro dei lavoratori dipendenti coinvolti negli appalti pubblici (nel duplice senso, sopra ricordato, di diritto a condizioni di lavoro dignitose e di diritto all'occupazione); ovvero quello di sviluppare *standards* di occupazione socialmente avanzati.

Il tema potrebbe anche essere affrontato in altro modo: cercando, cioè, di classificare le "disposizioni sociali" in base alla loro appartenenza ad una delle quattro fasi operative distinte in cui è idealmente possibile scomporre qualsiasi appalto pubblico: la definizione dei requisiti dell'appalto; la selezione dei fornitori e degli imprenditori; l'aggiudicazione dell'appalto; l'esecuzione dell'appalto⁴².

In questa sede, sarà privilegiato il primo approccio. Ciò perché la riconduzione delle "disposizioni sociali" alle differenti fasi dell'appalto non ne consente una chiara classificazione: è possibile, infatti, che le

3)» (Bentivogli, Casadio, Cullino, 2009, 243). La Corte Costituzionale, nel dirimere il contenzioso in tema di riparto di competenze *ex art.* 117 Cost., ha affermato ripetutamente la legittimità delle previsioni di cui all'art. 4, c. 3, del Codice degli Appalti, riconducendo la disciplina-quadro degli appalti pubblici alla materia della tutela della concorrenza, attribuita alla potestà esclusiva del legislatore statale *ex art.* 117, c. 1, lett. e, Cost. (cfr. *ex multis* le sentenze Corte Cost. n. 401/2007, cit., e 14 dicembre 2007, n. 431, in *Foro It.*, 2008, I, 1786, su cui De Michele, 2007, 7 ss.; 17 dicembre 2008, n. 411, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2009, 736; 22 maggio 2009, n. 160, in *Quad. Reg.*, 2009, 1123; Corte Cost. 6 novembre 2009, n. 283, in *Quad. Reg.*, 2010, 312; 28 maggio 2010, n. 186, in *Quad. Reg.*, 2011, 289; 7 aprile 2011, n. 114, in *Quad. Reg.*, 2011, 769; 10 giugno 2011, n. 184, in *Quad. Reg.*, 2011, 986; 7 dicembre 2011, n. 328, e 9 marzo 2012, n. 52, in *Foro It.*, I, 2603 ss.; 30 marzo 2012, n. 74, in *Giur. Cost.*, 2012, 970. In dottrina, cfr. Bastianin 2012, 933). Nonostante ciò, la disciplina dell'affidamento dei lavori pubblici resta caratterizzata da una normativa "alluvionale", che può differenziare il quadro regolamentare anche fino a livello comunale.

⁴² Commissione europea, *Acquisti sociali*, cit., cap. IV.

disposizioni sociali finiscano per interessare più fasi della medesima procedura di aggiudicazione e di esecuzione dell'appalto o della concessione pubblica, ovvero che la riconduzione ad una fase piuttosto che ad un'altra non sia unanimemente condivisa dalla dottrina e dalla giurisprudenza⁴³. Questo non toglie, ovviamente, che saranno fatti riferimenti alla riconduzione delle disposizioni finalizzate ad orientare gli appalti pubblici in senso sociale e delle clausole sociali alle differenti fasi dell'appalto, ove tali riferimenti siano necessari od opportuni ai fini della trattazione.

Procedendo ora all'analisi delle disposizioni (o clausole) sociali, classificandole in ragione dello scopo perseguito, partiremo dalle disposizioni dirette a tutelare condizioni di lavoro dignitose.

3. La tutela del diritto a condizioni di lavoro dignitose. Le cause di esclusione dagli appalti pubblici.

Il primo e più evidente esempio di disposizione tesa a tutelare condizioni di lavoro dignitose nell'ambito dei contratti di appalto pubblici⁴⁴, riconducibile alla fase della selezione dei soggetti imprenditoriali, è rappresentato dalla previsione contenuta all'art. 45, Dir. 2004/18/CE (cui fa rinvio anche l'art. 54, Dir. 2004/17/CE). Questa disposizione sancisce che sia fatto divieto di ottenere appalti pubblici agli offerenti che in precedenza abbiano subito condanne per determinati reati (esplicitamente indicati al par. 1, lett. a-d), ovvero che possano essere escluse dal mercato degli appalti pubblici le imprese che non siano in regola con gli obblighi relativi al pagamento dei contributi previdenziali e assistenziali (par. 2, lett. c).

Il legislatore italiano ha recepito l'art. 45, Dir. 2004/18/CE, che contempla ipotesi tassative di estromissione dalle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti (e subappalti) pubblici⁴⁵,

⁴³ *Infra*, par. 4.

⁴⁴ In merito, cfr. le interessanti considerazioni di Cerbo, 2010, 23. Più in generale, sui limiti che la "dignità umana" impone alla libertà d'iniziativa economica, cfr. Luciani M., 1983, 207 ss.

⁴⁵ La dottrina (cfr., per esempio, Sticchi Damiani, 2010, 424) ha rilevato che le ipotesi di restrizione del campo di competizione, proprio poiché vanno a comprimere posizioni di diritto soggettivo garantite, sia dal diritto interno, sia dal diritto europeo, quali la libertà di iniziativa economica, di prestazione di servizi e di concorrenza, devono essere considerate tassative, senza che vi sia possibilità di applicarle in modo estensivo o analogico. Sul punto, è interessante ricordare che la Corte di Giustizia (Cgce 16 dicembre 2008, C-213/07, *Michaniki AE*) ha stabilito che le direttive europee non ostano all'introduzione, da parte dei legislatori nazionali, di ulteriori misure di esclusione dagli appalti rispetto a quelle contemplate dall'art. 45, Dir. 2004/18/CE, purché tali misure siano finalizzate a garantire il carattere trasparente e concorrenziale delle procedure di selezione degli appaltatori e dei

all'art. 38 del Codice degli Appalti, individuando diverse ipotesi di esclusione che riguardano il rispetto della disciplina lavoristica da parte dei (potenziali) appaltatori (o concessionari)⁴⁶. In particolare, all'art. 38, c. 1, lett. e, i, l, del Codice, è sancito che non possano partecipare alle gare di appalto quegli imprenditori che abbiano commesso «gravi infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di sicurezza e a ogni altro obbligo derivante dai rapporti di lavoro, risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio» dei contratti pubblici (di cui all'art. 7, del Codice), ovvero «violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali, secondo la legislazione italiana o dello Stato in cui sono stabiliti»; o, infine, «che non presentino la certificazione di cui all'art. 17, l. 12 marzo 1999, n. 68». In caso di presentazione di falsa dichiarazione o falsa documentazione, nelle procedure di gara e negli affidamenti di subappalto, è previsto che la stazione appaltante ne dia segnalazione all'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture (d'ora innanzi AVCP), la quale, se ritiene che siano state rese con dolo o colpa grave in considerazione della rilevanza o della gravità dei fatti oggetto della falsa dichiarazione o della presentazione di falsa documentazione, dispone l'esclusione dalle procedure di gara e dagli affidamenti di subappalto fino ad un anno⁴⁷.

concessionari e purché le previsioni introdotte siano proporzionali allo scopo perseguito e non eccedano quanto necessario per raggiungere gli obiettivi preposti. In merito, cfr. Vaiano, 2013, 571.

⁴⁶ Fra i requisiti di ordine generale che devono possedere gli appaltatori, i fornitori ed i concessionari si ricordano (fra gli altri): il non trovarsi in stato di fallimento, liquidazione coatta o concordato preventivo (ovvero in pendenza di un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni), salvo il caso di cui all'art. 186 *bis* R.D. 16 marzo 1942, n. 267, di concordato con continuità aziendale; il non aver subito (da parte del titolare o del direttore tecnico se si tratta di impresa individuale; dei soci o del direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo; dei soci accomandatari o del direttore tecnico se si tratta di società in accomandita semplice; degli amministratori muniti di potere di rappresentanza o del direttore tecnico o del socio unico persona fisica, ovvero del socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci, se si tratta di altro tipo di società o consorzio) condanne per reati di associazione mafiosa, partecipazione a organizzazioni criminali, corruzione, frode e/o riciclaggio; il non aver agito negligenemente o in malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara; il non aver subito sanzioni che comportano il divieto di contrarre con la pubblica amministrazione; il non trovarsi, rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di gara, in una situazione di controllo di cui all'art. 2359 cod. civ. o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale. In merito, Sticchi Damiani, 2010, 423 ss.

⁴⁷ Art. 38, c. 1 *ter*, del Codice degli Appalti.

3.1. La rilevanza del documento unico di regolarità contributiva

In questa sede, appare interessante soffermarsi sul disposto dell'art. 38, c. 1, lett. i, del Codice degli Appalti, posto che la casistica delle "violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali" ha creato incertezze sulla compatibilità con i principi del diritto europeo degli appalti e dubbi interpretativi maggiori rispetto a quella (art. 38, c. 1, lett. e) relativa alle gravi infrazioni debitamente accertate⁴⁸ "alle norme in materia di sicurezza"⁴⁹ e ad "ogni altro obbligo derivante dai rapporti di lavoro"⁵⁰ e rispetto alla casistica (art. 38, c. 1, lett. l) concernente la certificazione di cui all'art. 17, l. n. 68/1999⁵¹.

⁴⁸ Rileva Vaiano, 2013, 588 ss., che il d.l. 13 maggio 2011, n. 70, aveva previsto la modifica del termine "infrazioni" «con quello più tecnico di "violazioni" e, soprattutto prevedendo che le suddette gravi violazioni dovessero essere "definitivamente" e non "debitamente" accertate». In sede di conversione del d.l. n. 70/2011 (ad opera della l. 12 luglio 2011, n. 106), tuttavia, tali modifiche sono venute meno e si è tornati alla formulazione originaria della norma. Sulla necessità di considerare come "debitamente" accertate soltanto le infrazioni "definitivamente" accertate, cfr. Vaiano, 2013, 589 e *infra*, in questo paragrafo.

⁴⁹ Sul tema della tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori coinvolti negli appalti pubblici, che in questa sede non viene affrontato, cfr. Mattarolo, 2011, 391 ss.

⁵⁰ Cons. Stato 23 ottobre 2007, n. 5574, ha chiarito che il concetto di "grave infrazione debitamente accertata agli obblighi derivanti dai rapporti di lavoro, risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio" differisce da quello di regolarità contributiva, poiché il primo fa riferimento soltanto ad infrazioni che hanno dato luogo a contenzioso e che siano state portate a conoscenza dell'Osservatorio, mentre quello di "regolarità contributiva" è invece un concetto ben più ampio, «che comporta l'assenza di qualsiasi inadempienza agli obblighi previdenziali, iniziando dal mancato tempestivo pagamento delle somme dovute a seguito di dichiarazioni e denunce da parte del medesimo soggetto interessato». Le sentenze del Consiglio di Stato e dei TAR citate in questa indagine sono rinvenibili all'interno del sito <http://www.giustizia-amministrativa.it>.

⁵¹ Per quanto concerne l'esclusione dalle gare a causa della mancata certificazione di cui all'art. 17, l. n. 68/1999, la giurisprudenza amministrativa (*ex multis*: Cons. Stato, 21 maggio 2010, n. 3213, e Cons. Stato, 20 marzo 2007, n. 1319; cfr. anche TAR Sicilia, 13 gennaio 2009, n. 40) ha rilevato che costruisce motivo di esclusione, anche in mancanza di una espressa previsione del bando di gara, la mancata dichiarazione, da parte delle imprese che vogliono partecipare ad un bando pubblico per un appalto, relativa all'osservanza delle disposizioni sul diritto al lavoro dei disabili di cui all'art. 17, l. n. 68/1999 (anche qualora l'impresa, per limiti dimensionali, non rientri nel campo di applicazione degli obblighi di cui alla l. n. 68/1999: TAR Lazio, 22 giugno 2009, n. 5979). Non è, quindi, consentito produrre successivamente alla scadenza dei termini per la presentazione dell'offerta, la dichiarazione di cui all'art. 38, c. 1, lett. l, del Codice degli Appalti, che deve essere presentata, a pena di esclusione, unitamente alla domanda di ammissione alla gara (TAR Sardegna, 13 marzo 2008, n. 458). In merito, cfr. Varva, 2011c, 322. Sul tema dell'assoggettamento alle previsioni di cui all'art. 38, c. 1, lett. l, del Codice degli Appalti, delle imprese non stabilite sul territorio nazionale, ma aventi sedi secondarie in Italia, cfr. Cons. Stato 3 settembre 2013, n. 4379. Si segnala che in giurisprudenza (TAR Molise, 2 luglio 2008, n. 658), è stato affermato che l'art. 38, c. 1, lett. l, del Codice degli Appalti, prevede l'esclusione dalle

I problemi d'interpretazione dell'art. 38, c. 1, lett. i, del Codice degli Appalti nascono dal fatto che l'art. 38, c. 3, dello stesso Codice dispone che, in riferimento agli accertamenti relativi alle cause di esclusione, «resta fermo per le stazioni appaltanti e per gli enti aggiudicatori l'obbligo di acquisire d'ufficio il documento unico di regolarità contributiva» (d'ora innanzi, DURC)⁵². La disciplina degli appalti pubblici, dunque, si interseca con quella del DURC⁵³, ovvero sia di quel «certificato che, sulla base di un'unica richiesta, attesta contestualmente la regolarità di un operatore economico, per quanto concerne l'adempimento degli obblighi legislativi e contrattuali nei confronti dell'INPS, dell'INAIL, della Cassa Edile (con riguardo alle sole imprese appartenenti al settore edile) e degli altri eventuali gestori di forme di assistenza obbligatoria»⁵⁴, e che attesta altresì la congruità della incidenza della manodopera relativa allo specifico contratto affidato⁵⁵. E proprio l'intrecciarsi della disciplina del DURC e di quella degli appalti pubblici "sopra soglia"⁵⁶ ha sollevato rilevanti interrogativi⁵⁷.

procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi per i soggetti che non presentino la certificazione di cui all'art. 17, l. n. 68/1999, soltanto con riferimento agli appalti d'importo superiore alla cosiddetta "soglia europea": la disposizione in esame, perciò, non sarebbe applicabile per analogia agli appalti di servizi e forniture cosiddetti "sotto soglia" (cfr., in precedenza, Cons. Stato, 15 novembre 2005, n. 6368).

⁵² La formulazione originaria dell'art. 38, c. 3, del Codice degli Appalti (modificata dall'art. 31, c. 2, lett. a, d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito dalla l. 9 agosto 2013, n. 98) disponeva che l'obbligo di presentare la certificazione di regolarità contributiva fosse a carico dell'affidatario. Si ricorda che il DURC è richiesto anche al fine delle attestazioni SOA, ovvero sia di quel sistema di qualificazione, unico per tutti gli esecutori a qualsiasi titolo di lavori pubblici, di importo superiore a 150.000 euro, articolato in rapporto alle tipologie e all'importo dei lavori stessi (art. 40 del Codice degli Appalti). L'art. 78, c. 4, d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, in attuazione dell'art. 38, c. 4, lett. d, del Codice degli Appalti, ha previsto che «le SOA nell'espletamento della propria attività» richiedano «il documento unico di regolarità contributiva», ai fini del rilascio delle attestazioni. In generale, sulle certificazioni SOA, cfr. Varva, 2011c, 323 ss.; sulla legittimità della disciplina che impone alle SOA un regime di tariffe minime per i servizi di certificazione forniti alle imprese che intendano partecipare a procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, rispetto ai principi di cui all'art. 49 Tfue, Cgue 12 dicembre 2013, C-327/12, *SOA Nazionale Costruttori – Organismo di Attestazione S.p.A.*

⁵³ Sulla natura del DURC (e sull'impossibilità di considerare il DURC alla stregua di una "clausola sociale"), interessanti considerazioni in Faioli, 2008, 155.

⁵⁴ Lippolis, 2010, 2. Rileva correttamente Faioli, 2008, 159, che «il DURC è «finalizzato alla verifica del "visibile" e dell'"accertabile", perché si verifica ciò che risulta dagli archivi degli enti previdenziali in termini di adempimenti, corrispondenza di importi e saldi dovuti». Resta dunque «non accertato il problema della verifica effettiva dei lavoratori irregolari che sono totalmente sommersi e non compaiono su alcuna dichiarazione o documento obbligatorio».

⁵⁵ Art. 118, c. 6 *bis*, del Codice degli Appalti. In merito, cfr. nuovamente Faioli, 2008, 163.

⁵⁶ È controverso se la disciplina sul DURC sia applicabile anche alle "procedure in economia", di cui all'art. 125 del Codice degli appalti. Il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali (interpello 20 febbraio 2009, n. 10; circ. 8 ottobre 2010, n. 35) ha affermato che il DURC

In particolare, si sono contrapposti due differenti orientamenti giurisprudenziali in merito all'accertamento delle (eventuali) gravi violazioni, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali⁵⁸.

La parte maggioritaria della giurisprudenza, infatti, riteneva che, considerate la piena autonomia del procedimento di rilascio del DURC e l'impossibilità di regolarizzazione della situazione contributiva e previdenziale successiva alla presentazione dell'offerta di gara da parte delle imprese, il legislatore avesse voluto escludere dalla contrattazione con le amministrazioni quelle imprese che non fossero in regola per quanto concerne gli obblighi contributivi e previdenziali, valutando intrinsecamente "grave" ogni violazione o ritardo nell'adempimento di tali obblighi. Da ciò sarebbe disceso che la stazione appaltante non potesse far altro che prendere atto della certificazione ai fini del DURC, senza poter in alcun modo sindacarne le risultanze, né valutare se le inadempienze fossero state debitamente accertate e fossero effettivamente gravi⁵⁹.

debba essere richiesto, senza alcuna eccezione, per ogni contratto pubblico (e, dunque, anche nel caso degli acquisti in economia o di modesta entità, a prescindere dall'importo del contratto), poiché l'art. 121 del Codice degli Appalti dispone che ai contratti "sotto soglia" si applicano, se non derogate, le norme della parte II del Codice, e l'art. 125 non contiene alcuna deroga espressa all'art. 38, c. 3 (contenuto proprio nella parte II del Codice). In senso contrario, tuttavia, si è rilevato che l'art. 125, c. 14, del Codice degli Appalti, dispone che «i procedimenti di acquisizione di prestazioni in economia sono disciplinati, nel rispetto del presente articolo, nonché dei principi in tema di procedure di affidamento e di esecuzione del contratto desumibili dal presente codice, dal regolamento»: l'art. 125, c. 14, dunque, rappresenterebbe un'esplicita deroga a tutta la parte II del Codice degli appalti (a differenza di quanto avviene agli artt. 122 e 124 del Codice relativi agli appalti "sotto soglia": in questi appalti, senza dubbio, si applica la disciplina del DURC) ed il DURC dovrebbe essere richiesto soltanto in caso di «un vaglio concorrenziale tra una pluralità di possibili operatori» (Ieva, 2011, 34 ss., e lì ulteriori riferimenti dottrinali).

⁵⁷ In questa sede non si affrontano in modo sistematico le problematiche che pone la disciplina del DURC, nel raccordo con la normativa relativa agli appalti pubblici: un'indagine siffatta andrebbe oltre i limiti di spazio e di contenuto della presente indagine. Ad esempio, sul tema della possibilità di autocertificazione del DURC, cfr. Lippolis, 2010, 4 ss. (e Circ. Min. Lav. 1° giugno 2012, n. 12). Più in generale, sul tema della regolarità contributiva nel sistema delle gare per gli appalti pubblici e sulla sua rilevanza all'interno del Regolamento di attuazione del Codice degli appalti, cfr. Lamberti, 2011, 4428 ss.

⁵⁸ Sul punto, cfr. Lippolis, 2010, 6 ss.; D'Herin, 2012, 911 ss.; Gotti, 2012, 2235 ss.

⁵⁹ Cfr. (*ex multis*) oltre al già citato Cons. Stato n. 5574/2007, Cons. Stato 9 aprile 2010, n. 1998, e 24 agosto 2010, n. 5936; Cons. Stato 16 settembre 2011, n. 5194; Cons. Stato 4 maggio 2012 (Adunanza Plenaria), n. 8. Questa sentenza è particolarmente significativa e appare opportuno ricordarne i passaggi principali: «a) gli enti previdenziali sono istituzionalmente e specificamente competenti a valutare la gravità o meno delle violazioni previdenziali; b) il DURC è il documento pubblico che certifica in modo ufficiale la sussistenza o meno della regolarità contributiva [...] c) le stazioni appaltanti non sono gli enti istituzionalmente e specificamente competenti a valutare la gravità o meno delle

Secondo un diverso (e minoritario) orientamento giurisprudenziale, invece, in caso di mancata certificazione della regolarità contributiva e previdenziale, sarebbe residua in capo alle stazioni appaltanti la possibilità di valutare la gravità dell'infrazione imputata all'impresa concorrente: la stazione appaltante, soltanto qualora avesse ritenuto grave l'addebito mosso all'impresa in concreto e al di fuori di ogni automatismo, avrebbe potuto (in modo motivato) procedere all'estromissione dalla gara⁶⁰. A risolvere la contrapposizione fra queste due differenti interpretazioni⁶¹ è intervenuta la nuova stesura dell'art. 38, c. 2, del Codice degli Appalti⁶², secondo cui ai fini dell'art. 38, c. 1, lett. i, «si intendono gravi le violazioni ostative al rilascio del documento unico di regolarità contributiva». Il legislatore, dunque, sposando l'orientamento giurisprudenziale maggioritario sopra ricordato, ha sancito che se si verifica una causa ostativa al rilascio del DURC, la stazione appaltante non potrà far altro che prenderne atto, procedendo all'esclusione dalla gara per l'affidamento dei lavori pubblici del soggetto che non sia in grado di esibire il documento unico di regolarità contributiva⁶³.

Nonostante questa modifica apportata al Codice degli Appalti, le stazioni appaltanti mantengono una propria autonomia valutativa, «in ordine alla definitività delle violazioni di cui gli enti previdenziali abbiano -

violazioni previdenziali; d) il Codice degli appalti deve essere letto e interpretato non in una logica di separatezza e autonomia, ma come parte dell'ordinamento nel suo complesso, e nell'ambito dell'ordinamento giuridico la nozione di "violazione previdenziale grave" non può che essere unitaria e uniforme, e rimessa all'autorità preposta al rispetto delle norme previdenziali [...] e) ne consegue che le stazioni appaltanti non hanno né la competenza né il potere di valutare caso per caso la gravità della violazione previdenziale, ma devono attenersi alle valutazioni dei competenti enti previdenziali» (Gotti, 2012, par. 4).

⁶⁰ Cfr. Cons. Stato 27 febbraio 2008, n. 716; analogamente, cfr. (*ex multis*) Cons. Stato 15 settembre 2010, n. 6907; Cons. Stato 16 settembre 2011, n. 5186.

⁶¹ D'Herin, 2012, 912, ricorda che l'AVCP, in un primo momento, aveva sostenuto che il mancato rilascio del DURC per assenza della regolarità contributiva non potesse condurre di per sé all'esclusione dell'impresa, «in assenza di verifica "in contraddittorio [...] per valutare sia la gravità dell'inadempimento, sia la definitività dell'accertamento"» (parere AVCP, 8 novembre 2007, n. 102). Successivamente, l'Autorità ha mutato avviso «ritenendo inibito alle stazioni appaltanti di sindacare il contenuto del documento unico di regolarità contributiva che, per contro, deve costituire oggetto di mera "presa d'atto"» (determinazione AVCP, 12 gennaio 2010, n. 1).

⁶² Questa disposizione ha una storia travagliata, essendo stata modificata dall'art. 3, comma 2, d.l. 25 settembre 2009, n. 135, e successivamente sostituita dall'art. 4, c. 2, lett. b, d.l. n. 70/2011 (convertito con modifiche dalla l. n. 106/2011).

⁶³ Cfr. Vaiano, 2013, 598. Si ricorda che «il momento in cui va verificata la sussistenza del requisito della regolarità contributiva e previdenziale è quello di presentazione della domanda di partecipazione alla gara, e che l'eventuale regolarizzazione successiva, se vale a eliminare il contenzioso tra l'impresa e l'ente previdenziale, non comporta *ex post* il venir meno della causa di esclusione»: recentemente, cfr. Cons. Stato 13 febbraio 2013, n. 890.

insindacabilmente - attestato la gravità»⁶⁴: le cause ostative al rilascio del DURC, infatti, sono da intendersi come sintomatiche della gravità della violazione, ma non della sua definitività.

Questa affermazione (che può sembrare ovvia, ma ovvia non è⁶⁵) si pone in linea di continuità con quanto previsto esplicitamente nella disciplina del DURC, dettata dal d.Min.Lav. 24 ottobre 2007: in questo decreto, il Ministero del Lavoro, nel fissare una soglia di "gravità" delle violazioni⁶⁶, ha stabilito che la pendenza di qualsivoglia contenzioso amministrativo impedisce di ritenere il soggetto in posizione irregolare e che, fino alla decisione che respinge il ricorso, può essere dichiarata la regolarità contributiva⁶⁷.

Dunque, «la stazione appaltante, in presenza di un documento attestante la "non regolarità contributiva", da ritenersi per ciò stesso "grave", dovrà tuttavia accertarne il carattere definitivo instaurando, se del caso, il contraddittorio con l'operatore economico interessato e con gli enti preposti»⁶⁸. E ciò pare rispettoso dei principi del diritto europeo: la Corte di Giustizia, infatti, ha avuto modo di precisare che «una normativa nazionale che ignorasse totalmente gli effetti di un ricorso amministrativo o giurisdizionale sulla possibilità di partecipare ad una procedura di aggiudicazione di un appalto rischierebbe di violare i diritti fondamentali

⁶⁴ D'Herin, 2012, 914.

⁶⁵ Cfr., infatti, Cons. Stato 30 giugno 2011, n. 3912; Cons. Stato 12 ottobre 2011, n. 5531.

⁶⁶ L'attribuzione del requisito della "gravità" alle violazioni consistenti in uno scostamento superiore al 5% fra le somme dovute e quelle versate, ovvero uno scostamento superiore ad 100,00 euro, previsto dalla legislazione, ha comportato la compressione di ogni spazio valutativo sul punto per la stazione appaltante, che è tenuta ad applicare la sanzione di esclusione dalla gara in danno alle imprese che siano incorse in siffatte violazioni (Pagani 2012, 1316 ss.). Tar Lombardia ord. 12 luglio 2012, n. 1969, ha rimesso alla Corte di Giustizia la questione della legittimità della previsione in questione, poiché è stato rilevato che questa disposizione (che è funzionale alla trasposizione - in senso rigido - dell'art. 45, Dir. n. 2004/18, ove è previsto che possa - e non debba - essere escluso dalla partecipazione all'appalto l'operatore economico «che non sia in regola con gli obblighi relativi al pagamento dei contributi previdenziali e assistenziali secondo la legislazione del paese dove è stabilito o del paese dell'amministrazione aggiudicatrice»), sebbene tesa a salvaguardare contemporaneamente i diritti dei lavoratori, le finanze pubbliche e la concorrenza fra le imprese (nell'ottica di un corretto sviluppo dell'economia e del mercato), finisce per violare i principi di proporzionalità, ragionevolezza, non discriminazione e tutela della concorrenza, impedendo alla stazione appaltante di valutare altri profili oggettivamente espressivi dell'affidabilità del concorrente come controparte contrattuale della pubblica amministrazione (e ciò vale anche negli appalti "sotto soglia" che, pur se formalmente esclusi dall'applicazione della Dir. n. 18/2004, sono soggetti - come abbiamo già avuto modo di rilevare - al rispetto delle norme fondamentali del Tfu: Pagani 2012, 1317).

⁶⁷ Cfr. D'Herin, 2012, 915; Gotti, 2012, par. 6; Vaiano, 2013, 597. In merito, cfr. anche determinazione AVCP, 16 maggio 2012, n. 1.

⁶⁸ D'Herin, 2012, 916.

degli interessati»⁶⁹. In altre parole, ai fini dell'estromissione da una gara d'appalto, è necessario che la causa di esclusione sia stata accertata definitivamente, nel senso che «la determinazione espulsiva non può essere legittimamente assunta qualora la contestazione dell'infrazione sia ancora soggetta a gravame, amministrativo o giurisdizionale, o i relativi termini siano pendenti»⁷⁰. Ed in questo senso si esprimono anche le nuove proposte di direttiva europea in materia di appalti pubblici, che, addirittura vanno oltre, prevedendo che ogni candidato o offerente possa fornire all'amministrazione aggiudicatrice la prova che dimostri la sua affidabilità, nonostante l'esistenza di un motivo di esclusione⁷¹.

3.1.1. La congruità del costo della manodopera

Come accennato in precedenza, il DURC attesta non soltanto la regolarità contributiva delle imprese che partecipano alle gare pubbliche, ma anche, ai sensi dell'art. 118, c. 6 bis, del Codice degli Appalti, la congruità della incidenza della manodopera relativa allo specifico contratto affidato. E proprio la congruità del costo del lavoro rappresenta un parametro

⁶⁹ Cgce 9 febbraio 2006, procedimenti riuniti C-226/04 e C-228/04, *La Cascina Soc. Coop. a r.l. e Consorzio G. f. M.*, par. 38. Al par. 40, la Corte di Giustizia afferma inoltre che la Dir. 2004/17/CE (ma il medesimo ragionamento può valere per la Dir. 2004/18/CE) «non si oppone ad una normativa o ad una prassi amministrativa nazionali in base alle quali un prestatore di servizi che, alla data di scadenza per la presentazione della domanda di partecipazione alla gara, non ha adempiuto, effettuando integralmente il pagamento corrispondente, i suoi obblighi in materia di contributi previdenziali e di imposte e tasse, può regolarizzare la sua situazione successivamente, in forza di misure di condono fiscale o di sanatoria adottate dallo Stato, o in forza di un concordato al fine di una rateizzazione o di una riduzione dei debiti, o mediante la presentazione di un ricorso amministrativo o giurisdizionale, a condizione che provi, entro il termine stabilito dalla normativa o dalla prassi amministrativa nazionali, di aver beneficiato di tali misure o di un tale concordato, o che abbia presentato un tale ricorso entro questo termine».

⁷⁰ Sticchi Damiani, 2010, 439. Per quanto riguarda l'estromissione dalle gare per la concessione di appalti e concessioni pubbliche, il principio della definitività dell'accertamento è esplicitamente affermato all'art. 38, c. 1, lett. g, del Codice degli Appalti, con riferimento alle violazioni rispetto agli obblighi di pagamento delle imposte e tasse, mentre, come abbiamo già avuto modo di vedere, non in riferimento alle "gravi infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di sicurezza", di cui alla lett. i, della medesima disposizione.

⁷¹ Cfr. art. 55, COM(2011) 896 def.; art. 36, COM(2011) 897 def. In merito, pare anche significativo l'intervento del legislatore italiano, che, con l'art. 31, c. 8, d.l. n. 69/2013, ha stabilito che «ai fini della verifica per il rilascio del documento unico di regolarità contributiva, in caso di mancanza dei requisiti per il rilascio di tale documento gli Enti preposti al rilascio, prima dell'emissione del DURC o dell'annullamento del documento già rilasciato, invitano l'interessato, mediante posta elettronica certificata o con lo stesso mezzo per il tramite del consulente del lavoro nonché degli altri soggetti di cui all'art. 1, l. 11 gennaio 1979, n. 12, a regolarizzare la propria posizione entro un termine non superiore a quindici giorni, indicando analiticamente le cause della irregolarità».

tutelato in differenti "disposizioni sociali", che riguardano fasi diverse dell'appalto pubblico.

Da un lato, si può ricordare che l'art. 86, c. 3 *bis*, del Codice degli Appalti⁷², sancisce che nella predisposizione delle gare di appalto di lavori pubblici, di servizi e di forniture, gli enti aggiudicatori sono tenuti a valutare che il valore economico sia adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro⁷³ e al costo relativo alla sicurezza, il quale deve essere specificamente indicato e risultare congruo rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori. In altri termini, l'art. 86, c. 3 *bis*, del Codice sebbene deputato a determinare criteri per l'individuazione delle offerte anormalmente basse (e quindi destinato a trovare applicazione nella fase di selezione degli imprenditori), prevede che le stazioni appaltanti tengano adeguatamente in conto i minimi di trattamento economico già in sede di predisposizione dell'appalto, con ciò richiamando l'art. 89, c. 3, del Codice degli Appalti⁷⁴, e risultando, rispetto a questa disposizione, (parzialmente) pleonastico⁷⁵.

Dall'altro lato, la congruità del costo del lavoro rappresenta un parametro rilevante nella valutazione delle offerte presentate per l'aggiudicazione di un appalto pubblico.

Come noto, per l'aggiudicazione di un appalto pubblico, l'ente appaltante può optare per due criteri di scelta per le offerte: il criterio del prezzo più basso, che «presume che l'oggetto del contratto sia definito in modo puntuale e che dunque sia possibile mettere a confronto le offerte unicamente sotto il profilo del prezzo»⁷⁶, ed il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, che consente all'amministrazione di tenere conto non solo del prezzo ma anche di ogni altra caratteristica» del bene o del servizio da appaltare⁷⁷.

⁷² La disposizione richiamata è stata introdotta dall'art. 1, c. 909, lett. a, l. 27 dicembre 2006, n. 296, e poi sostituita dall'art. 8, c. 1, l. 3 agosto 2007, n. 123.

⁷³ La disposizione in esame specifica che il costo del lavoro deve essere «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 assenza di contratto collettivo applicabile, il costo del lavoro deve essere «determinato in relazione al contratto collettivo del settore merceologico più vicino a quello preso in considerazione».

⁷⁴ Ove è sancito che «nella predisposizione delle gare di appalto le stazioni appaltanti sono tenute a valutare che il valore economico sia adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro».

⁷⁵ Cfr. Minganti, 2011, 779.

⁷⁶ Fonderico, 2010, 452.

⁷⁷ Fonderico, 2010, 458. Si segnala che nel *final compromise text (First reading)* della *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on public procurement (Classical Directive)*, approvato il 12 luglio 2013, il criterio del "prezzo più

In questa sede, non è necessario soffermarsi sulle differenze fra i due sistemi di aggiudicazione⁷⁸; piuttosto, è interessante segnalare che qualsiasi sia il metodo adottato, nel caso in cui debbano essere verificate offerte anormalmente basse (essendo principio consolidato il fatto che un'offerta anormalmente bassa non può essere di per se stessa esclusa⁷⁹), non siano «ammesse giustificazioni in relazione a trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge» (art. 87, c. 3), e, in ogni caso, i partecipanti alle gare pubbliche oggi non possano più addurre giustificazioni ad offerte anormalmente basse riguardanti i costi della sicurezza⁸⁰ ovvero, più in generale, il costo

basso" appare quale criterio di aggiudicazione residuale degli appalti pubblici: l'art. 66, infatti, dispone che «*without prejudice to national laws, regulations or administrative provisions concerning the price of certain supplies or the remuneration of certain services, contracting authorities shall base the award of public contracts on the most economically advantageous tender [...] Member States may provide that contracting authorities may not use price only or cost only as the sole award criterion or restrict their use to certain categories of contracting authorities or certain types of contracts*».

⁷⁸ Fra i due criteri, contemplati all'art. 81 del Codice degli Appalti non è stabilita alcuna prevalenza, per cui sono da considerarsi «perfettamente equivalenti»: «la scelta del criterio, effettuata con il bando di gara, è rimessa all'apprezzamento discrezionale della amministrazione, con il limite dell'adeguatezza, della logicità e della ragionevolezza del sistema prescelto in relazione alle caratteristiche dell'appalto» (Dipace, 2013, 527). In proposito, è stato rilevato che il criterio del prezzo più basso «richiede la definizione puntuale dell'oggetto contrattuale», mentre quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa si rivela più adatto in quelle situazioni in cui «vi sia un ventaglio di soluzioni tecniche astrattamente in grado di soddisfare i bisogni dell'amministrazione», ovvero «quando l'amministrazione voglia avvalersi della procedura proprio per definire in modo più puntuale i suoi bisogni e le soluzioni a disposizione»: Fonderico, 2010, 459. Sul punto, cfr. anche Caranta, 2012, 479 ss.

⁷⁹ Cfr., recentemente, Cgue 29 marzo 2012, C-599/10, *SAG ELV Slovensko a.s.*, in cui è affermato che «l'articolo 55, Dir. 2004/18/CE osta alla posizione di un'amministrazione aggiudicatrice che consideri di non essere obbligata a chiedere al candidato chiarimenti su un prezzo anormalmente basso». Si ricorda che, ai sensi dell'art. 122, c. 9, del Codice degli appalti, per i lavori "sotto soglia" d'importo inferiore o pari a 1 milione di euro, quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso, la stazione appaltante può prevedere nel bando l'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi dell'art. 86 del Codice degli Appalti; in tal caso non si applica l'art. 87, c. 1, relativo ai criteri di verifica delle offerte anormalmente basse (la facoltà di esclusione automatica non è esercitabile quando il numero delle offerte ammesse è inferiore a dieci). In merito, si rinvia a Paparo, 2010, 958 ss., e Varva, 2011d, 371.

⁸⁰ A controprova, si ricorda che l'art. 86, c. 3 *ter*, del Codice degli Appalti stabilisce che il costo della sicurezza «non può essere comunque soggetto a ribasso d'asta». L'art. 87, c. 4, del Codice degli Appalti specifica, invece, che «non sono ammesse giustificazioni in relazione agli oneri di sicurezza [...] In relazione a servizi e forniture, nella valutazione dell'anomalia la stazione appaltante tiene conto dei costi relativi alla sicurezza, che devono essere specificamente indicati nell'offerta e risultare congrui rispetto all'entità e alle caratteristiche dei servizi o delle forniture». Sulle differenze fra il disposto dell'art. 86, c. 3 *bis*, del Codice

del lavoro. Infatti, il richiamo che l'art. 87, c. 2, lett. e, del Codice degli Appalti faceva al «rispetto delle norme vigenti in tema di sicurezza e condizioni di lavoro», in riferimento alle ragioni che le imprese concorrenti in una gara d'appalto avrebbero potuto portare per giustificare un'offerta anormalmente bassa, è stato abrogato dall'art. 1, c. 909, lett. b, l. n. 296/2006; e così pure è stato abrogato dal d.l. n. 70/2011 (convertito dalla l. n. 106/2011) il riferimento che l'art. 87, c. 2, lett. g, del Codice degli Appalti faceva al «costo del lavoro»⁸¹.

Queste previsioni di legge appaiono significativamente distanti da quelle della disciplina europea che traspongono: l'art. 55, c. 1, lett. d, Dir. 2004/18/CE, infatti, stabilisce che «se, per un determinato appalto, talune offerte appaiono anormalmente 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»; e dette precisazioni «possono riguardare in particolare [...] il rispetto delle disposizioni relative alla protezione e alle condizioni di lavoro vigenti nel luogo in cui deve essere effettuata la prestazione». Peraltro, ai sensi dell'art. 27, par. 2, Dir. 2004/18/CE, agli offerenti o ai candidati in una procedura di aggiudicazione d'appalti l'amministrazione aggiudicatrice può chiedere, al momento della presentazione dell'offerta, di indicare di aver tenuto conto, in sede di preparazione della propria offerta, degli obblighi in materia di sicurezza e di condizioni di lavoro in vigore nel luogo in cui la prestazione deve essere effettuata.

È evidente la differente impostazione fra la disciplina europea e quella italiana: in quest'ultima è stato costruito 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

degli Appalti, e l'art. 87, c. 4, del medesimo Codice, cfr. Cons. Stato 9 ottobre 2013, n. 4964.

⁸¹ Il costo del lavoro indicato dalla disposizione ora richiamata era quello «determinato periodicamente in apposite tabelle dal Ministro del lavoro e delle politiche sociali, sulla base dei valori economici previsti dalla contrattazione collettiva stipulata dai sindacati comparativamente più rappresentativi, delle norme in materia previdenziale e assistenziale, dei diversi settori merceologici e delle differenti aree territoriali» (*supra*, nt. 73). Come ha ricordato la determinazione AVCP, 8 luglio 2009, n. 6, le ministeriali di definizione del costo del lavoro «sono redatte in base ai valori ricavabili dalla contrattazione collettiva dalle norme previdenziali ed assistenziali tenendo conto dei diversi settori merceologici delle differenti aree territoriali. Si tratta di valori "medi", che oltre alle voci salariali, previdenziali e assicurative minime inderogabili, contemplano altre voci [...] la cui entità è determinata in termini "statistici"».

normativo previsti nei contratti collettivi nazionali e/o territoriali vigenti (ma su questo aspetto, *infra*, par. 3.2)⁸².

Nella disciplina europea, invece, per le imprese aggiudicatrici è possibile 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.

Peraltro, questa possibilità trova conferma in quanto stabilito dalla Corte di Giustizia, nella sentenza Cgce 27 novembre 2001, C-285/99 e C-286/99, *Impresa Lombardini S.p.A. e Impresa Ing. Mantovani S.p.A.*, in cui, ai punti 78-85, è stata affermata (con riferimento alle previsioni della direttiva 93/37/CE, del 14 giugno 1993, in materia di procedure di aggiudicazione di appalti di lavori pubblici)⁸³ «l'importanza del principio secondo cui, prima che l'amministrazione aggiudicatrice possa respingere un'offerta come anormalmente bassa, l'offerente deve poter far valere, utilmente e in contraddittorio, il suo punto di vista su ciascuno dei vari elementi di prezzo proposti». E «dato che, nella prospettiva dello sviluppo di una concorrenza effettiva nel settore degli appalti pubblici, è essenziale che questa facoltà sia la più ampia e completa possibile, l'offerente deve poter presentare a sostegno della sua offerta tutte le giustificazioni [...] che, tenuto conto della natura e delle caratteristiche dell'appalto di cui trattasi, ritiene utili, senza alcuna limitazione al riguardo».

Da ciò discende il principio per cui, nelle direttive europee relative alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, gli elenchi delle giustificazioni che possono essere presentate non devono essere considerati esaustivi, ma, piuttosto, devono essere ritenuti meramente esemplificativi di motivazioni che l'offerente può presentare al fine di dimostrare la serietà dei vari elementi di prezzo proposti: e, in proposito, si rinviene proprio disposizioni che non autorizzano l'esclusione di taluni tipi di giustificazioni, quali quelle sui trattamenti salariali e normativi destinati ai lavoratori dipendenti dalle imprese appaltatrici⁸⁴.

Merita peraltro di essere sottolineato il fatto che, sebbene modificata nella lettera, anche nelle nuove proposte di direttiva è stata

⁸² Cfr. Fonderico, 2010, 509. Nessun dubbio di legittimità, invece, in merito alle giustificazioni alle offerte, ritenute anormalmente basse, che si basano su un costo del lavoro complessivamente inferiore, dovuto alla peculiare organizzazione del lavoro del (potenziale) appaltatore: cfr. Cons. Stato 3 Settembre 2013, n. 4398, relativo all'impiego, nella commessa, di dipendenti impiegati altrove, con lo sfruttamento di "economia di scala" (da intendersi «come abbattimento del costo attraverso l'uso ottimale di risorse già pagate *aliunde*»).

⁸³ Ma il ragionamento può senz'altro valere anche in riferimento alla successiva Dir. 2004/18/CE. Cfr. Fonderico, 2010, 508.

⁸⁴ Cfr. ampiamente Fonderico, 2010, 508-510.

salvaguardata, per le imprese che partecipano ad un pubblico appalto, la possibilità di giustificare un'offerta anormalmente bassa, adducendo non più «il rispetto delle disposizioni relative alla protezione e alle condizioni di lavoro vigenti nel luogo in cui deve essere effettuata la prestazione», ma, piuttosto, «la conformità, perlomeno in forma equivalente, con gli obblighi stabiliti dalla legislazione dell'Unione in materia di diritto del lavoro e di previdenza sociale»⁸⁵.

3.1.2. La giustificazione delle offerte anormalmente basse, con riferimento ai minimi di trattamento economico dei lavoratori dipendenti

È possibile allora considerare compatibile con il dettato delle direttive europee il testo dell'art. 87 del Codice degli Appalti?

Si può rispondere a questo interrogativo in senso affermativo considerando esemplificativo e non esaustivo (in ossequio alla giurisprudenza europea) l'elenco delle giustificazioni che l'impresa può addurre per giustificare un'offerta anormalmente bassa, indicato dal vigente art. 87, c. 2, del Codice degli Appalti (in cui non figurano più, come sopra ricordato, il rispetto delle norme vigenti in tema di sicurezza del lavoro ed il costo del lavoro); in altri termini, per rispondere in senso affermativo occorre affermare che l'inaammissibilità di giustificazioni relative ai trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge, di cui all'art. 87, c. 3, non può essere intesa, in caso di offerta anormalmente bassa, «come divieto di

⁸⁵ Art. 69, par. 3, lett. d, COM(2011) 896 def. In merito, si segnala che la proposta di direttiva europea sugli appalti COM(2011) 896 def. è giunta in discussione al Parlamento Europeo nel mese di dicembre 2012. Il testo uscito dal voto del Comitato parlamentare per il mercato interno (IMCO) ha riformulato l'art. 69, stabilendo che le imprese che partecipano ad un appalto pubblico possono giustificare un'offerta anormalmente bassa adducendo la conformità con le disposizioni, tese alla tutela dei lavoratori vigenti nel luogo in cui deve essere effettuata la prestazione, indicate: dalle convenzioni internazionali allegatae all'allegato XI alla proposta di direttiva; dalle direttive europee e dalle leggi nazionali; dai contratti collettivi, stipulati in conformità e nel rispetto dei limiti rispetto del diritto dell'Unione Europea (*infra*, par. 3.2.2.). L'art. 69, è stato riformulato nuovamente e nella versione contemplata nel *final compromise text* del 12 luglio 2013, dispone che «*contracting authorities shall require economic operators to explain the price or costs proposed in the tender where tenders appear to be abnormally low in relation to the works, supplies or services. The explanations referred to in paragraph 1 may in particular relate to: [...] compliance with obligations referred to in Art. 15, par. 2*». E all'art. 15, par. 2, è sancito che «*Member States shall take appropriate measures to ensure that in the performance of public contracts economic operators comply with applicable obligations in the fields of [...] social and labour law established by Union law, national law, collective agreements or by the international [...] social and labour law provisions listed in Annex XI*».

instaurare il contraddittorio per verificare se quegli stessi minimi siano stati rispettati»⁸⁶.

Questa opzione interpretativa, peraltro, si incanala nel solco di quella copiosa giurisprudenza del Consiglio di Stato, che, in più occasioni (sia in riferimento all'impianto della normativa antecedente l'emanazione del Codice degli Appalti, sia in riferimento all'attuale impianto del Codice⁸⁷), ha affermato che l'esclusione automatica di un'impresa da una gara, la cui offerta sia stata formulata in modo difforme rispetto al mero costo complessivo della manodopera, calcolato sui minimi tabellari ministeriali ovvero indicati dalla contrattazione collettiva, è contrastante con i principi di diritto europeo in vista dello sviluppo di un'effettiva concorrenza nel settore degli appalti pubblici. Il concorrente deve poter far valere, utilmente e in contraddittorio, il suo punto di vista su ciascuno dei vari elementi di prezzo proposti, prima che l'amministrazione possa respingere un'offerta perché ritenuta anormalmente bassa: non può dunque essere considerata legittima l'aprioristica inammissibilità di qualsiasi tipo di giustificazione in merito allo scostamento fra costo del lavoro indicato in offerta e costo del lavoro complessivo calcolato sui minimi previsti dalla contrattazione collettiva o dalle tabelle ministeriali⁸⁸.

È proprio sulla base di questi principi che si è sviluppata una copiosa giurisprudenza, in cui è stata ritenuta illegittima l'esclusione dalle gare di appalto di imprese che avevano presentato offerte contraddistinte

⁸⁶ Fonderico, 2010, 508-510. Cfr. anche Caranta, 2012, 502. In TAR Toscana 28 gennaio 2013, n. 133, si afferma esplicitamente che «l'esclusione in via automatica di un'offerta a causa del superamento del costo della manodopera come stimato dalla stazione appaltante, senza possibilità che il singolo operatore economico giustifichi in concreto le ragioni dello scostamento, è da ritenere in contrasto con il diritto comunitario e deve conseguentemente essere disapplicata dal giudice nazionale», per contrasto con il disposto di cui all'art. 55, Dir. n. 2004/18/CE.

⁸⁷ Fra le molte pronunce, riguardanti la disciplina antecedente l'emanazione del Codice degli Appalti, cfr. per tutte Cons. Stato 11 ottobre 2002, n. 5497. Dopo l'entrata in vigore del Codice degli Appalti, cfr. Cons. Stato 7 ottobre 2008, n. 4847; Cons. Stato 7 marzo 2011, n. 1419; Cons. Stato 18 Febbraio 2013, n. 973 (ove è stato stabilito che il giudizio di anomalia dell'offerta per l'aggiudicazione di una gara d'appalto, con riferimento al costo della manodopera, presuppone necessariamente l'esame dell'offerta stessa nella globalità del servizio appaltato, e non su singole parti di esso).

⁸⁸ Nel parere AVCP, 15 gennaio 2009, n. 40, è stato affermato che i dati risultanti dalle tabelle ministeriali di determinazione del costo del lavoro «non costituiscono parametri inderogabili, ma si configurano quali indici del giudizio di adeguatezza del valore economico dell'appalto». Un eventuale scostamento dai predetti minimi «non può costituire *ex se* motivo di esclusione automatica di queste ultime, ma impone alla stazione appaltante di richiedere all'offerente le pertinenti giustificazioni in merito ai relativi elementi costitutivi delle offerte stesse». Cfr., analogamente, la determinazione AVCP n. 6/2009. In giurisprudenza, *ex multis*, cfr. Cons. Stato 2 settembre 2011, n. 3865; Cons. Stato 28 maggio 2012, n. 3134; Cons. Stato 14 giugno 2013, n. 3314; Cons. Stato 4 settembre 2013, n. 4431.

da un costo complessivo della manodopera inferiore rispetto a quello calcolato sui minimi previsti dai contratti collettivi di riferimento (o contemplati nelle tabelle ministeriali di determinazione del costo del lavoro), dal momento che quelle medesime imprese (a mero titolo esemplificativo):

- a) potevano fruire di particolari sgravi contributivi e fiscali⁸⁹;
- b) applicavano accordi integrativi, che permettevano una riduzione del costo del lavoro⁹⁰;

⁸⁹ Cfr. Cons. Stato 20 aprile 2009, n. 2364, secondo cui «in base ai principi comunitari i concorrenti devono avere la possibilità di allegare e dimostrare qualunque circostanza che, in relazione allo specifico contratto [...] permetta la riduzione dei costi, dal momento che il costo del lavoro è suscettibile di oscillazioni in rapporto ai benefici contributivi e fiscali di cui l'impresa (nel caso di specie, una cooperativa sociale: *n.d.r.*) può usufruire». Ne consegue che le tabelle ministeriali non possono assumere «il valore di un parametro assoluto ed inderogabile, assolvendo unicamente ad una funzione indicativa e, pertanto, trascurabile in presenza di convincenti giustificazioni dell'offerente». In proposito, cfr. anche TAR Lazio 14 febbraio 2013, n. 1648. Cons. Stato 21 maggio 2009, n. 3143, tuttavia, ha avuto modo di precisare che le giustificazioni basate sui benefici fiscali di cui può godere l'impresa (con particolare riferimento all'imposta sul reddito ed a quella sulle attività produttive) non possono essere ricondotte alla complessiva posizione fiscale dell'impresa, ma devono riguardare il costo delle singole commesse, «atteso che si tratta di oneri che vanno distribuiti necessariamente sulle singole commesse, trovando copertura mediante le entrate di ciascuna commessa». Il fatto che la connessione fra costo del lavoro ed (eventuali) benefici fiscali e contributivi di cui un'impresa può godere deve essere rapportato alla singola commessa e non alla situazione complessiva del soggetto appaltante emerge anche in TAR Umbria 26 gennaio 2007, n. 45. Nello specifico, infatti, un'impresa esclusa da una gara d'appalto aveva affermato «che le agevolazioni derivanti dalla natura di cooperativa sociale, formata quindi per almeno il trenta per cento da soggetti svantaggiati consentirebbero di per sé una riduzione del costo del lavoro»; l'assunto, secondo il giudice amministrativo, però, non poteva essere condiviso, «perché è l'effettiva utilizzazione nel servizio dei soggetti svantaggiati, quindi un elemento relativo, specifico alla prestazione da espletare, che consente di abbassare i costi, non anche, in assoluto, la natura della cooperativa concorrente all'affidamento del servizio stesso». Interessanti considerazioni sull'impatto delle agevolazioni previste per le cooperative sociali di tipo b) sulla valutazione del costo del lavoro in sede di offerta si trovano in Cons. Stato 23 giugno 2011, n. 3807. Sulla legittimità delle giustificazioni alle offerte anormalmente basse, relative all'utilizzo di sgravi contributivi, ai sensi della l. 29 dicembre 1990, n. 407, cfr. TAR Campania 10 settembre 2013, n. 4212.

⁹⁰ Cons. Stato 13 febbraio 2009, n. 784, ove è stato messo in luce che, in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta, l'impresa esclusa ha giustificato il prezzo particolarmente basso tramite l'applicazione, al personale impiegato nel servizio, di un accordo integrativo al contratto collettivo nazionale relativo alle cd. "attività discontinue", per cui il compenso complessivo per i dipendenti poteva essere conteggiato su 45 ore settimanali di lavoro, anziché su 40. Su questa pronuncia, ampiamente Varva, 2011d, 373. Interessante, in proposito, appare anche TRGA Trento 17 aprile 2013, n. 123, in cui è stato stabilito che un eventuale contratto collettivo aziendale derogatorio, che consenta una riduzione del costo del lavoro all'interno dell'impresa che lo applichi, debba essere stato stipulato in data anteriore alla presentazione dell'offerta, dal momento che l'effettiva sottoscrizione non è nella disponibilità dell'impresa medesima, «essendo evidentemente condizionato alla

c) avevano una parte cospicua della forza lavoro impiegata con legittimi contratti di lavoro a progetto e non di lavoro dipendente⁹¹.

Al contrario, è stata ritenuta legittima l'esclusione dalle gare d'appalto di imprese cooperative, che avevano determinato il costo del lavoro non basandosi sui parametri previsti dai contratti collettivi sottoscritti dalle organizzazioni datoriali e sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale nella categoria, ma da altre organizzazioni sindacali, con ciò contravvenendo al disposto dell'art. 7, c. 4, l. 28 febbraio 2008, n. 31⁹².

Il costo del lavoro, tuttavia, sembra dover essere considerato un parametro rigido ed anelastico quando la stazione appaltante abbia assunto come criterio di aggiudicazione quello del prezzo più basso. L'art. 82, c. 3 *bis*, del Codice degli Appalti, introdotto dall'art. 32, c. 7 *bis*, l. 9 agosto 2013, n. 98, dispone 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 di settore

condivisione della controparte sindacale, la cui volontà in merito non può certamente essere data per acquisita, prima che sia manifestata». Si segnala che, ad oggi (a quanto consta), né i TAR, né il Cons. Stato siano stati ancora chiamati a pronunciarsi sulla legittimità di offerte "particolarmente basse", con riguardo al costo del lavoro, formulate sulla base di accordi collettivi stipulati *ex art.* 8, l. 14 settembre 2011, n. 148.

⁹¹ Cons. Stato 25 novembre 2010, n. 8229, secondo cui è da ritenersi illegittimo escludere da una gara di appalto per asserita anomalia di offerta un'impresa che corrisponda ai lavoratori a progetto un compenso inferiore ai minimi del contratto collettivo previsti per il lavoro subordinato. In merito, cfr. Inglese, 2011, 243 ss.

⁹² Cons. Stato 28 maggio 2012, n. 521. In generale, sull'art. 7, c. 4, l. n. 31/2008, cfr. Imberti, 2012, 187 ss. Per quanto riguarda le cooperative appare dubbio se possa essere addotto a giustificazione di un'offerta contraddistinta da un costo della manodopera inferiore a quello previsto dai contratti collettivi di riferimento lo stato di crisi, che legittima, ai sensi dell'art. 6, c. 1, lett. e, l. n. 142/2001, l'adozione di un piano aziendale (su cui Costantini, 2010, 299 ss.), che può contemplare la riduzione dei trattamenti economici e retributivi destinati ai soci lavoratori, in deroga ai minimi previsti nei contratti collettivi applicati (ma non la deroga al minimale contributivo giornaliero di cui all'art. 1, c. 2, d.l. 9 ottobre 1989, n. 338: cfr. interpello Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale 5 giugno 2009, n. 48) e/o la sospensione del rapporto di lavoro con i soci lavoratori (cfr. interpello Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale 24 gennaio 2013, n. 1). Come abbiamo visto in precedenza (*supra*, nt. 46), infatti, l'art. 38 del Codice degli appalti sancisce l'esclusione dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, i soggetti che si trovano in stato di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo, o nei cui riguardi sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni. Lo stato di crisi, tuttavia, può anche non coincidere con alcuna delle ipotesi di cui all'art. 38 del Codice degli Appalti e, perciò, qualora non si ricada in nessuna delle fattispecie contemplate nella disposizione in ultimo citata, potrebbe essere ritenuta legittima l'offerta presentata da una cooperativa che stia adottando al suo interno un piano aziendale per fronteggiare la crisi (anche se è di tutta evidenza che l'offerta presentata da un soggetto che si dichiara in "stato di crisi" sia di per sé poco appetibile agli occhi del soggetto appaltante).

tra le organizzazioni sindacali dei lavoratori e le organizzazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, delle voci retributive previste dalla contrattazione integrativa di secondo livello e delle misure di adempimento alle disposizioni in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro».

Il legislatore, con questa disposizione, ha imposto la salvaguardia del valore del costo del personale (da intendersi comprensivo degli oneri sociali e contributivi), quale costo non negoziabile e, perciò, sottratto alla disponibilità delle imprese in sede di gara ed alle strategie concorrenziali. Tale previsione di legge, tuttavia, appare di difficile armonizzazione con il quadro sopra ricostruito (oltre che di difficile applicazione)⁹³.

La difficoltà di conformare il vigente art. 82, c. 3 *bis*, del Codice degli Appalti alla possibilità di ammettere giustificazioni relative ai trattamenti economici minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge è acuita dal fatto che una disposizione dall'identica formulazione era già contemplata nell'impianto nel Codice degli Appalti, all'art. 81, c. 3 *bis* (disposizione che ha avuto breve vita⁹⁴), ma era stata interpretata nel senso che le offerte dei concorrenti (ed in particolare quella del concorrente risultato aggiudicatario) non potevano essere basate sul mancato rispetto dei livelli e dei minimi contrattuali del personale (come già prevede l'art. 87, c. 3, del Codice) e l'eventuale ribasso poteva essere giustificato soltanto da specificità proprie dell'organizzazione imprenditoriale⁹⁵.

⁹³ Cfr. Tomasini, 2013, 1256, il quale afferma che la complessità applicativa di tale disposizione (dovuta a diversi fattori: anzitutto, la determinazione in modo parametrico dei costi del lavoro richiede a monte la definizione di costi standardizzati, differenziati per tipologie di opere; in secondo luogo, le stazioni appaltanti devono entrare a conoscenza di informazioni estremamente difficoltose da reperire quali quelle relative al contratto di integrativo di secondo livello, vista e considerata anche l'esperienza della contrattazione "in deroga" di cui all'art. 8, l. n. 148/2011, di cui alla precedente nt. 90), «potrebbe in molti casi indurre ad una sua disapplicazione».

⁹⁴ L'art. 81, c. 3 *bis*, del Codice degli Appalti introdotto dall'art. 4, c. 2, lett. i *bis*, l. n. 106/2011, che ha convertito con modifiche il d.l. n. 70/2011, è stato abrogato dall'art. 44, c. 2, d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito dalla l. 22 dicembre 2011, n. 214: Romoli, 2013, 1163 ss.

⁹⁵ Cfr. parere AVCP, 4 aprile 2012, n. 17. Sempre l'AVCP (audizione 29 settembre 2011) aveva sottolineato che era particolarmente difficile interpretare l'art. 81, c. 3 *bis*, del Codice degli Appalti, nel senso che le stazioni appaltanti, oltre a tenere adeguatamente in conto i minimi di trattamento economico in fase di predisposizione della gara, ex art. 86, c. 3 *bis*, del Codice degli appalti avrebbero dovuto determinare *ex ante* nel bando di gara l'importo del costo del lavoro. Non appariva chiaro, infatti, se per "costo del personale" dovesse intendersi il costo complessivo (interpretazione più coerente con il testo complessivo della disposizione) ovvero il costo unitario della manodopera: se il costo unitario del lavoro può essere determinato anche in modo aprioristico, non così il costo complessivo, che dipende dal tempo di impiego del personale, dalla natura della prestazione e dalla organizzazione e

Tale interpretazione, tuttavia, non appare ora più riproponibile, considerato che la disposizione non è stata innestata in una disposizione dal carattere generale, come era accaduto con l'art. 81 del Codice degli Appalti (o poteva avvenire con l'inserimento all'interno dell'art. 87, relativo ai criteri di valutazione delle offerte anormalmente basse): la disposizione, invece, è stata inserita nella disciplina delle gare in cui il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso ed è evidente che lo scopo del legislatore sia quello di porre uno stringente vincolo legislativo al frequente eccessivo ribasso delle offerte formulate dagli operatori economici nelle procedure aggiudicate con il criterio del prezzo più basso, con rischi più accentuati di violazioni di regolarità nella gestione del personale sia in termini di giusto trattamento economico e previdenziale sia, in alcuni casi, in termini di sfruttamento eccessivo delle maestranze.

Appare, dunque, dubbia la legittimità dell'art. 82, c. 3 *bis*, del Codice degli Appalti rispetto al principio più generale (di derivazione europea) che può consentire che i partecipanti alle gare possano presentare giustificazioni relative ai trattamenti economici minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge.

3.2. Le norme a tutela delle condizioni di lavoro, le "clausole sociali" e la concorrenza "all'interno del mercato"

Come abbiamo appena avuto modo di vedere, nella fase di definizione dei requisiti dell'appalto ed in quella di selezione dei fornitori e dei prestatori di beni e servizi di una stazione appaltante, sia la legislazione europea, sia quella italiana sugli appalti presentano disposizioni finalizzate ad impedire agli enti pubblici di aggiudicare appalti ad offerenti che non raggiungano determinati *standards* di comportamento sociale⁹⁶.

Scopo della legislazione, in altri termini, è quello di garantire la *par condicio* fra una pluralità di offerenti, evitando che un soggetto, in una procedura di gara, possa risultare avvantaggiato rispetto ad altri competitori avvalendosi del mancato rispetto della normativa lavoristica. In particolare, nel caso delle ipotesi di estromissione dalle gare d'appalto e di esclusione delle offerte anormalmente basse, è evidente che la volontà del legislatore (europeo ed italiano) sia quella di limitare la concorrenza fra le imprese, sottraendo loro la possibilità di competere sul terreno del costo del lavoro. In entrambe le ipotesi, dunque, vi è una

dalle specificità dell'impresa. Peraltro, analoghe problematiche (oltre a quelle di cui alla nt. precedente) si ripropongono per il vigente art. 82, c. 3 *bis*, del Codice degli Appalti.

⁹⁶ Cfr. Commissione europea, *Acquisti sociali*, 7; 21.

restrizione della concorrenza "all'interno del mercato", nel senso che la disciplina europea e quella italiana pongono dei limiti all'estensione del mercato degli appalti pubblici, predeterminando regole in merito al trattamento dei lavoratori, sottratte alla competizione fra gli operatori e valide per tutti nella stessa misura.

La medesima funzione di restrizione della concorrenza "all'interno del mercato" è riconosciuta anche a quelle clausole sociali, poste a tutela delle condizioni di lavoro dei dipendenti degli appaltatori e dei concessionari di opere e servizi pubblici nella fase di esecuzione dell'appalto⁹⁷: il riferimento è all'art. 36, l. 20 maggio 1970, n. 300, e all'art. 118, c. 6, del Codice degli Appalti, che, sebbene simili nella formulazione, non si sovrappongono.

L'art. 36, l. n. 300/1970, che implementa quanto già disposto dall'art. 2, Convenzione OIL n. 94/1949, "*Labour clauses (public contracts) convention*"⁹⁸ (ratificata dalla l. 2 agosto 1952, n. 1305)⁹⁹, impone agli enti pubblici diversi dallo Stato l'obbligo d'inserire nei capitolati d'appalto per l'esecuzione delle opere pubbliche la clausola determinante l'onere per l'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»¹⁰⁰. Questa previsione normativa si rivolge sia alla stazione appaltante, che è gravata dell'obbligo di inserire nel bando di gara disposizioni che garantiscano ai lavoratori¹⁰¹ il rispetto, da parte dei soggetti appaltatori, di condizioni di lavoro non inferiori a quelle risultanti dai contratti collettivi di lavoro della categoria e della zona¹⁰²; sia ai soggetti che si

⁹⁷ Cfr. Scarpelli, 2006a, 772.

⁹⁸ Ove è previsto che nei bandi per l'assegnazione di appalti e concessioni pubblici, devono essere contenute «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».

⁹⁹ Nella legislazione italiana (come nella legislazione di altri paesi europei: cfr. Balandi, 1973, 698 ss.) disposizioni riconducibili alla nozione di "clausola sociale" erano diffuse già prima dell'emanazione della Convenzione OIL n. 94/1949: cfr. Carnelutti, 1909, 416 ss.; Napoletano, 1953, 267 ss.

¹⁰⁰ L'art. 36, l. n. 300/1970, impone il medesimo obbligo anche per i bandi relativi alla «concessione di benefici accordati ai sensi delle vigenti leggi»: cfr. Romeo, 1983, 254 ss.; Tullini, 1990, 33 ss. (già citati in nt. 17).

¹⁰¹ Sulla natura delle clausole, che la maggioranza della dottrina riconduce alla fattispecie del contratto con clausola a favore di terzi, indeterminati ma determinabili, per tutti, cfr. Centofanti, 1975, 1224 ss. Sulla mancata inserzione delle clausole sociali nelle fonti negoziali o provvedimentali ed il loro possibile inserimento in virtù dell'art. 1339 c.c., cfr. Centofanti, 1975, 1218-1219; Bortone, 1979, 649; Vincenti, 2010, 914.

¹⁰² In dottrina, è dibattuto se le condizioni di lavoro previste nei contratti collettivi da prendere in considerazione ai fini del rispetto dell'art. 36, l. n. 300/1970, siano quelle

sono aggiudicati la gara ad evidenza pubblica, che quelle condizioni di lavoro devono garantire¹⁰³.

L'art. 36, l. n. 300/1970, secondo la dottrina, rappresenta un campione significativo di quelle tecniche di «regolazione dei comportamenti economici», che mirano «al condizionamento della logica "naturale" di mercato, e in particolare della logica concorrenziale», sottraendo dal terreno di confronto aspetti relativi al trattamento economico e normativo spettanti ai dipendenti degli appaltatori (e degli eventuali subappaltatori)¹⁰⁴. Proprio la funzione di restrizione della concorrenza "all'interno del mercato" svolta dall'art. 36, l. n. 300/1970, emerge chiaramente dalla sentenza della Corte Costituzionale 19 giugno 1998, n. 226¹⁰⁵, con cui questa disposizione è stata dichiarata incostituzionale per contrasto con l'art. 3, c. 1, Cost., nella parte in cui l'obbligatorietà delle clausole di equo trattamento, contemplata nella disciplina dei contratti relativi all'assegnazione degli appalti pubblici, non era estesa anche a quella dei contratti aventi ad oggetto la concessione di pubblici servizi. Nella sentenza ora ricordata, la Corte Costituzionale ha indicato chiaramente che la clausola sociale, rappresentata dall'art. 36, l. n. 300/1970, è funzionale alla scelta del contraente secondo i principi della concorrenza fra imprenditori e della parità di trattamento dei concorrenti nella gara¹⁰⁶. In sostanza, le imprese che partecipano ad una gara per un appalto pubblico ovvero per la concessione di un pubblico servizio possono liberamente concorrere, ma non possono utilizzare come fattore competitivo il trattamento economico e normativo destinato ai lavoratori, che deve essere pari al minimo previsto dai contratti collettivi di lavoro e che, pertanto, rappresenta un limite inderogabile nell'elaborazione delle strategie competitive¹⁰⁷.

La presenza di tale limite si ricollega, da una parte, alle finalità essenziali dell'ente pubblico, che gli impongono di essere il *model employer*¹⁰⁸ e, dall'altra parte, all'esigenza del soggetto pubblico di

retributive e normative (Ghera, 2001, 136), ovvero se sia sufficiente il rispetto dei soli contenuti retributivi (Ichino, 2000, 213): *infra*, nt. 145.

¹⁰³ La letteratura sull'art. 36, l. n. 300/1970, è imponente, considerate le molteplici problematiche che presenta l'interpretazione di questa disposizione: sugli ulteriori aspetti problematici non presi in considerazione nelle note precedenti, cfr. senza alcuna presunzione di completezza Assanti, 1972, 419 ss.; Centofanti, 1975, 1194 ss., e Bortone, 1979, 646 ss.; più recentemente, Vincenti, 1999, 429 ss., nonché Faleri, 2009, 859 ss., e Luciani V., 2010, 909 ss.

¹⁰⁴ Scarpelli, 2006a, 757.

¹⁰⁵ In *Giur. Cost.*, 1998, 2426.

¹⁰⁶ Cfr. Maresca, 2001, 38.

¹⁰⁷ Sul punto, sia consentito il rinvio a Costantini, 2011, 216 ss.

¹⁰⁸ Cfr. Carnelutti, 1909, 416.

selezionare le imprese contraenti, contrastando forme di concorrenza sleale ed evitando che siano avvantaggiate, con il concorso dello Stato ed in violazione dell'obbligo di buon andamento della pubblica amministrazione, le imprese che non garantiscono ai lavoratori trattamenti economici e normativi minimi (e, perciò, dignitosi)¹⁰⁹.

A differenza dell'art. 36, l. n. 300/1970, l'art. 118, c. 6, del Codice degli Appalti sancisce che «l'affidatario è tenuto ad osservare integralmente il trattamento economico e normativo stabilito dai contratti collettivi nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni»¹¹⁰. Dunque, questa disposizione, che riproduce i contenuti dell'oggi abrogato art. 18, l. 19 marzo 1990, n. 55¹¹¹, e si può ricondurre ai principi sanciti all'art. 26, Dir. 2004/18/CE¹¹², impone direttamente in capo al soggetto appaltatore l'obbligo di applicare integralmente il trattamento economico e normativo stabilito dai contratti collettivi nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni¹¹³.

La formulazione dell'art. 118, c. 6, del Codice degli Appalti può dar luogo ad alcuni problemi applicativi, di cui il più rilevante è quello del coordinamento con le altre disposizioni del Codice degli Appalti: in particolare, appare stretto il legame fra l'art. 118, c. 6, e l'art. 87, c. 3,

¹⁰⁹ Cfr. Ghera, 2001, 137. In senso contrario, cfr. Pera, 1998, 2427, secondo cui le clausole sociali troverebbero giustificazione soltanto nella volontà, da parte dell'ente pubblico, di evitare l'insorgere di conflitti collettivi tali da rallentare il compimento di un'opera pubblica ovvero l'erogazione di un servizio pubblico. In particolare, la *ratio* delle clausole sociali non potrebbe essere individuata nella volontà, da parte del soggetto pubblico di promuovere la «parità di trattamento tra gli imprenditori concorrenti alla gara», perché le pubbliche amministrazioni potrebbero avere interesse «a stipulare l'appalto con imprese praticanti trattamenti deteriori rispetto a quelli sindacalmente previsti», questo consentendo alle medesime amministrazioni di chiudere i contratti a condizioni più favorevoli.

¹¹⁰ La disposizione prevede altresì che l'affidatario sia responsabile in solido dell'osservanza del trattamento economico e normativo stabilito dai contratti collettivi nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni da parte dei subappaltatori nei confronti dei loro dipendenti per le prestazioni rese nell'ambito del subappalto». In questa ricerca non ci si soffermerà su questa previsione dell'art. 118, c. 6, del Codice degli Appalti. In generale, sul problema della responsabilità solidale all'interno degli appalti pubblici, cfr. Varva, 2011e, 387 ss.; Bricchi, Ferrante, 2012, 480 ss.; Maiellaro, 2013, 277 ss.

¹¹¹ Cfr. Scarpelli, 2006, 772; Varva, 2011a, 341.

¹¹² Ove è stabilito che «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'oneri. Le condizioni di esecuzione di un appalto possono basarsi in particolare su considerazioni sociali e ambientali». Si sottolinea che l'art. 118 del Codice degli Appalti è dedicato al subappalto, come peraltro, la disposizione che traspone nell'ordinamento italiano: l'art. 25 Dir. 2004/18/CE.

¹¹³ Cfr. Alvino, 2010, 281.

del Codice degli Appalti, ai cui sensi, come già rilevato in precedenza, non sono ammesse giustificazioni in relazione a trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge nella valutazione delle offerte anormalmente basse. Sono significative, in merito, le pronunce del giudice amministrativo che hanno portato all'esclusione del concorrente da una gara, in quanto questi, nella determinazione del costo del lavoro, non aveva preso a riferimento il contratto collettivo previsto per la specifica attività dedotta nell'appalto, disattendendo la previsione dell'art. 2070 cod. civ.¹¹⁴, e, soprattutto, non aveva dato prova della sufficienza e della proporzionalità del livello retributivo previsto nel diverso contratto collettivo cui voleva vincolarsi¹¹⁵.

Come evidente, la formulazione dell'art. 118, c. 6, del Codice degli Appalti ed il suo collegamento con l'art. 87, c. 3, del medesimo Codice pongono problemi di legittimità costituzionale rispetto ai principi di libertà sindacale di cui all'art. 39 Cost. e di libertà di concorrenza di cui all'art. 41 Cost.

Infatti, la disposizione in esame non richiede, a differenza dell'art. 36, l. n. 300/1970, che siano applicate (o fatte applicare) nei confronti dei lavoratori dipendenti dagli appaltatori condizioni non inferiori a quelle risultanti dai contratti collettivi di lavoro della categoria e della zona, ma impone direttamente l'applicazione di un ben determinato contratto collettivo: quello in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni. L'art. 118, c. 6, del Codice degli Appalti appare allora di dubbia legittimità rispetto ai principi «della libertà sindacale negativa e della libertà di scelta del contratto collettivo»¹¹⁶ ed al principio di libertà di concorrenza, in quanto finisce per sottrarre, ai partecipanti alla gara, un fattore competitivo, quale può essere il costo del lavoro

¹¹⁴ Come noto, l'art. 2070 cod. civ. non è applicabile, in via generale, ai contratti collettivi di diritto comune (cfr. Cass. Sez. Un. 26 marzo 1997, n. 2665, in *Giust. Civ.*, 1997, 1199). Permangono (angusti) spazi di applicazione residuale proprio nella disciplina delle clausole sociali, ove all'art. 2070 cod. civ. è riconosciuta la funzione di individuare il contratto collettivo di categoria cui l'art. 36, l. n. 300/1970, e l'art. 118, c. 6, del Codice degli Appalti rinviano: cfr. Bellavista, 1999, 462 ss.; Ballestrero, 2012, 258. In presenza di una pluralità di contratti collettivi per il medesimo settore merceologico, l'art. 4, c. 1, d.P.R. n. 207/2010, identifica nei contratti stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative i contratti collettivi di cui all'art. 118, c. 6, del Codice degli Appalti.

¹¹⁵ Cfr. Cons. Stato 30 marzo 2010, n. 1813 (in merito, cfr. le osservazioni critiche di Bellomo, 2010, 57 ss.) e Cons. Stato 18 agosto 2010, n. 5820.

¹¹⁶ Bellomo, 2010, 56. Analogamente, cfr. Scarpelli, 2006a, 772; Alvino, 2010, 282. Secondo la giurisprudenza maggioritaria, l'art. 36, l. n. 300/1970, è pienamente compatibile con il principio di libertà sindacale di cui all'art. 39 Cost., in quanto configura soltanto un meccanismo di rinvio *per relationem* degli accordi collettivi, con l'assunzione di questi ultimi alla stregua di meri parametri di riferimento per la determinazione di un trattamento economico-normativo minimo: ampi riferimenti in Ghera, 2001.

determinato sulla base di un contratto collettivo legittimamente applicato dall'(aspirante) appaltante¹¹⁷.

Al fine di fugare i dubbi di legittimità costituzionale dell'art. 118, c. 6, del Codice degli Appalti, in dottrina, è stato affermato che questa disposizione non comprime la libertà dell'imprenditore, né dal punto di vista del diritto sindacale, né dal punto di vista della libertà d'iniziativa economica: l'impresa, infatti, può «scegliere se partecipare o meno alle procedure selettive: è insomma il soggetto che decide di vincolarsi al rispetto delle previsioni collettive». La disposizione in esame, perciò, non sarebbe configurabile quale giogo per la libertà sindacale e per la libertà di concorrenza, «ma piuttosto quale condizione per l'accesso al mercato degli appalti pubblici»¹¹⁸.

3.2.1. Le "clausole sociali" e la concorrenza "nell'accesso al mercato"

La tesi appena descritta non convince pienamente. Infatti, l'art. 118, c. 6, del Codice degli Appalti si può ritenere compatibile (così come l'art. 36, l. n. 300/1970) con il principio di libera concorrenza "all'interno del mercato" (in virtù delle medesime argomentazioni – sopra richiamate – sviluppate nella sentenza Corte Cost. n. 226/1998), ma non appare compatibile con la nozione di libertà di concorrenza "nell'accesso al mercato" (al pari dell'art. 36, l. n. 300/1970). Come precisato in precedenza (*supra*, par. 2), l'esplicarsi del principio di libera concorrenza implica che le imprese possano concorrere in una situazione di parità di condizioni (che la normativa posta a tutela del lavoro dipendente e, in particolare, quella a condizioni di trattamento economico e normativo minimo, tende ad assicurare) ma, al contempo, non può prescindere dall'apertura dei mercati, e ciò comporta l'eliminazione delle barriere all'entrata e la riduzione dei vincoli al libero esplicarsi della competizione.

Diviene allora necessario valutare la legittimità delle clausole sociali inserite nei bandi per l'assegnazione degli appalti e delle concessioni pubblici, nell'ottica dell'apertura dei mercati e della possibilità di accesso a questi, non soltanto per le imprese stabilite sul territorio nazionale, ma anche sul territorio degli altri Stati membri. Se si adotta quest'ottica, non è possibile prescindere dai principi che emergono dalla nota sentenza Cgce 3 aprile 2008, C-346/2006, *Dirk Ruffert*¹¹⁹, in cui è stata sancita l'illegittimità di una clausola sociale contemplata nella

¹¹⁷ Cfr. Bellomo, 2010, 57.

¹¹⁸ Le citazioni di questo capoverso sono tratte da Varva, 2011a, 342.

¹¹⁹ Molti in dottrina i commenti alla sentenza *Dirk Ruffert*: senza pretesa di esaustività, cfr. Borelli, 2008, 358; Brino, 2008, 479; De Salvia, 2008, 1415; Rodríguez-Piñero Y Bravo-Ferrer, 2008, 83; Bruun, Jacobs, Schmidt, 2009, 649; Rödl, 2009, 131.

legislazione tedesca (del tutto simile a quella contemplata all'art. 36, l. n. 300/1970) con la direttiva 1996/71/CE, del 16 dicembre 1996, in relazione al distacco dei lavoratori nell'ambito di un appalto transnazionale di servizi, interpretata alla luce del principio della libera prestazione di servizi, di cui all'art. 49 Tce (ora art. 56 Tfeue).

La Corte di Giustizia parte dal presupposto secondo cui il principio di libera circolazione dei servizi comporta necessariamente sia l'eliminazione di qualsiasi discriminazione nei confronti del prestatore di servizi a causa della sua nazionalità, sia la soppressione di qualsiasi restrizione che, seppur applicabile indistintamente ai prestatori nazionali ed a quelli degli altri Paesi membri, sia tale da ostacolare, in uno Stato, la prestazione di servizi da parte di un soggetto stabilito in un altro Stato ove fornisce servizi analoghi¹²⁰. E sempre secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia, anche se la tutela dei lavoratori rappresenta una ragione d'interesse generale tale da legittimare una restrizione della libertà di prestare servizi, le disposizioni di legge e di contratto collettivo, destinate alla tutela dei lavoratori, non possono essere aprioristicamente sottratte alle regole del mercato interno¹²¹. Queste disposizioni, infatti, possono rappresentare un ostacolo alla libera circolazione dei servizi, se le restrizioni che ad essa impongono non sono necessarie, adeguate e proporzionali rispetto ai fini di tutela perseguiti: in questo caso, le disposizioni di legge o di contratto collettivo, anche se tese alla tutela dei lavoratori, possono aumentare i costi di fornitura dei servizi, creando un impedimento o un disincentivo all'accesso al mercato¹²².

Applicando questi principi, la Corte di Giustizia ha stabilito che, qualora una disposizione contemplata nella legislazione di uno Stato membro imponga di prendere a riferimento i minimi di trattamento economico e normativo previsti in uno specifico contratto collettivo, al fine della concessione dell'appalto (o di altri benefici di legge), un'impresa straniera, che presta servizi in quello Stato e che non è tenuta all'applicazione di quel contratto collettivo, trova un ostacolo illegittimo alla libertà di prestare servizi in quegli stessi minimi di trattamento, se superiori a quelli applicati ai propri dipendenti (e se superiori al salario minimo obbligatorio, eventualmente previsto dal contratto collettivo di categoria dotato di efficacia generale)¹²³.

¹²⁰ Cfr. par. 12, Cgce 25 luglio 1991, C-76/1990, *Manfred Säeger*. Sull'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia, in merito alle misure ritenute non compatibili con l'art. 56 Tfeue, cfr. Giubboni, Orlandini, 2007, 88-89; Lo Faro, 2008, 75.

¹²¹ Cfr. Giubboni, Orlandini, 2007, 91; Bano, 2009, 104 ss.

¹²² Cfr. nuovamente Giubboni, Orlandini, 2007, 92.

¹²³ All'art. 3, par. 1, Dir. 1996/71/CE, è sancito che gli Stati membri devono garantire «ai lavoratori distaccati nell'ambito di una prestazione di servizi transnazionale le tariffe salariali

Resta da spiegare perché, nell'ambito di un appalto relativo ad una prestazione di servizi transnazionale, ai lavoratori distaccati non possano essere applicate condizioni di lavoro più favorevoli rispetto a quelle dello Stato d'origine, se eccedenti il livello minimo di tutela. In merito, si devono sviluppare due argomentazioni distinte.

Da un lato, bisogna ricordare l'interpretazione che, negli ultimi anni, la Corte di Giustizia ha fornito costantemente dell'art. 3, par. 7, Dir. 1996/71/CE: secondo la Corte, questa disposizione deve essere interpretata nel senso che è vietato «allo Stato membro ospitante di subordinare l'effettuazione di una prestazione di servizi sul suo territorio al rispetto di condizioni di lavoro e di occupazione che vadano al di là delle norme imperative di protezione minima»¹²⁴. La Corte precisa tuttavia che i par. 1-6 dello stesso art. 3 non ostano all'applicazione di condizioni di lavoro e di occupazione più favorevoli per i lavoratori distaccati nell'ambito di una prestazione di servizi transnazionale, rispetto al livello di protezione loro assicurato dalla legislazione dello Stato membro di origine, qualora tale livello sia inferiore a quello di protezione minima riconosciuto nello Stato membro ospitante.

previste da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, ovvero da contratti collettivi o da arbitrati dichiarati di applicazione generale» a norma dell'art. 3, par. 8, della direttiva medesima (in merito, si rinvia a Carabelli, 2009, 129). Nel caso di specie (ma queste considerazioni potrebbero valere anche con riferimento al caso italiano), la Corte di Giustizia ha ritenuto che il contratto collettivo indicato nella clausola sociale non potesse essere ricondotto alle previsioni di cui agli art. 3, par. 1, e 3, par. 8, Dir. 1996/71/CE, dal momento che questo non aveva efficacia *erga omnes* e che il suo effetto vincolante si estendeva solamente ad una parte del settore edilizio, in particolare a quello degli appalti pubblici e non già anche a quello degli appalti privati (sul punto, cfr. Orlandini, 2008, 16, e Orlandini, 2009, 65). Il livello retributivo contemplato nel contratto collettivo, preso a riferimento in base alla clausola sociale, ma non applicato volontariamente dall'impresa straniera, non poteva essere perciò considerato alla stregua di un "minimo di trattamento", ai sensi dell'art. 3, par. 1, Dir. 1996/71/CE: ciò poiché tale trattamento era più favorevole rispetto a quello spettante, in ragione del contratto collettivo applicato nel paese d'origine, ai lavoratori distaccati (e superiore al livello minimo individuato dal contratto collettivo di categoria dotato di efficacia generale). Ma poiché, secondo la Corte di Giustizia, è soltanto quanto previsto all'art. 3, par. 1, Dir. 1996/71/CE, a determinare ciò che gli Stati Membri sono autorizzati a fornire come massimo di tutela da applicarsi ai lavoratori distaccati, la clausola sociale è stata ritenuta incompatibile con l'impianto e le finalità della Dir. 1996/71/CE sul distacco dei lavoratori (e, in ultima istanza, con il principio della libertà di prestare servizi all'interno del mercato dell'Unione europea, che è alla base della Dir. 1996/71/CE: cfr. Rödl, 2009, 137).

¹²⁴ Par. 79 ss., sentenza Cgce 18 dicembre 2007, C-341/2005, *Laval un Partneri Ltd*; par. 33, sentenza Cgce *Rüffert*. Da questa interpretazione dell'art. 3, par. 1, Dir. 1996/71/CE, deriva un incremento della pressione concorrenziale sulle imprese, basata sui differenziali del costo del lavoro, poiché devono essere prese in considerazione non soltanto le differenze fra i vari Paesi dell'Unione, ma anche il differenziale di costo, per la parte in cui «si contrappone un trattamento pieno a un trattamento minimo» (cfr. Gottardi, 2010, par. 2).

Questa lettura "minimalista" dell'art. 3, par. 7, Dir. 1996/71/CE¹²⁵, non è fondata sul dato letterale della disposizione (che, anzi, sembra indicare la soluzione opposta¹²⁶), ma, piuttosto, sul concetto di "effetto utile" della direttiva¹²⁷. Secondo la Corte di Giustizia, infatti, una lettura dell'art. 3, n. 7, Dir. 1996/71/CE, tale da permettere agli Stati membri di subordinare lo svolgimento di una prestazione di servizi nel proprio territorio al rispetto di condizioni di lavoro che vanno oltre le norme di protezione minima, «finirebbe per privare di effetto utile la direttiva in esame»¹²⁸. Da questa impostazione discende che, se uno Stato membro imponesse «condizioni più gravose di quelle rientranti nella protezione minima, il prestatore di servizi stabilito in uno Stato membro *new comer* vedrebbe drasticamente ridotto il vantaggio competitivo assicurategli dai più bassi costi del lavoro: dunque, l'imposizione di condizioni più favorevoli ai lavoratori impedisce o comunque ostacola la libera circolazione dei servizi»¹²⁹.

Dall'altro lato, è necessario precisare che l'art. 3, par. 10, Dir. 1996/71/CE, consentirebbe allo Stato ospitante di estendere alle imprese straniere le norme (di legge e contrattuali) applicate alle imprese nazionali, anche se eccedenti il livello minimo di tutela: ma tale estensione dovrebbe essere finalizzata alla protezione di esigenze di "ordine pubblico".

Con specifico riferimento alle clausole sociali che tutelano le condizioni minime di trattamento economico e normativo, si potrebbe sostenere che le esigenze di ordine pubblico risiedono nella salvaguardia dell'organizzazione sociale ed economica dello Stato membro e, in particolare, nella necessità che in una procedura di assegnazione pubblica di appalti, le risorse pubbliche non siano destinate ad imprese che non garantiscono ai lavoratori trattamenti economici e normativi dignitosi¹³⁰.

¹²⁵ Lettura che ha trovato ulteriore conferma nella sentenza Cgce 19 giugno 2008, C-319/2006, *Commissione delle Comunità Europee c. Granducato di Lussemburgo*.

¹²⁶ Cfr. Ballestrero, 2008, 387 ss.

¹²⁷ Cfr. Rödl, 2009, 138.

¹²⁸ Par. 33, sentenza Cgce *Rüffert* (nonché par. 80, sentenza Cgce *Laval*).

¹²⁹ Ballestrero, 2008, 387. Sulla base di queste considerazioni può apparire di dubbia applicabilità la disciplina del DURC nel caso di un appalto pubblico, al quale partecipi un'impresa stabilita in un diverso Stato membro, ove il costo del lavoro sia inferiore: si ricorda, infatti, che il DURC è comprensivo della verifica della congruità dell'incidenza della manodopera relativa allo specifico contratto affidato (*supra*, par. 3.1). Peraltro, sull'applicabilità della disciplina del DURC alle imprese straniere, cfr. interpello Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale 3 settembre 2007, n. 24, e già in precedenza, Cons. Stato 1° marzo 2006, n. 928 (relativo alla compatibilità dell'obbligo di iscrizione alle Casse Edili per imprese stabilite in altri Stati membri che non siano l'Italia, rispetto ai principi di libera circolazione dei servizi).

¹³⁰ Cfr. Robin Olivier, 2008, 492 ss.; Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, 2008, 102.

Tuttavia, la Corte di Giustizia, nelle più recenti sentenze, ha adottato una nozione di "ordine pubblico" particolarmente ristretta, interpretando l'ordine pubblico non nei termini di "ordine pubblico sociale" in ambito nazionale, ma piuttosto come "ordine pubblico internazionale". Infatti, secondo la Corte di Giustizia, le disposizioni di "ordine pubblico" devono intendersi come le disposizioni vincolanti cui non si può derogare e che, per natura ed obiettivo, rispondono a valori fondamentali riconosciuti dalla comunità internazionale¹³¹: «il che esclude vi rientri la normativa lavoristica per il solo fatto di essere considerata "imperativa" ed "inderogabile" per il diritto interno ed *a fortiori* esclude possa invocarsi il generico principio del *favor* per estendere l'intero sistema del diritto del lavoro nazionale ai lavoratori stranieri»¹³².

3.2.2. Le "clausole sociali" e l'impianto delle direttive europee sugli appalti pubblici

La Corte di Giustizia, dunque, nella sentenza *Rüffert* ha sancito che, nell'ambito di un pubblico appalto interessato da un distacco transnazionale di lavoratori, siano illegittime quelle clausole sociali che impongono l'applicazione di contratti collettivi più favorevoli rispetto alle condizioni di trattamento economico e retributivo minime stabilite dai contratti collettivi generalmente obbligatori: ciò, a causa della prevalenza assegnata, nel processo di bilanciamento fra le ragioni di tutela della concorrenza e quelle di tutela del lavoro dipendente, alla necessità di apertura del mercato degli appalti.

Sulla necessità di ricorrere ad un tale bilanciamento per valutare la legittimità delle clausole sociali, tuttavia, è necessario interrogarsi. Secondo parte della dottrina, infatti, nella sentenza *Cgce Rüffert*, sarebbe stato trascurato il fatto che l'art. 26, Dir. 2004/18/CE, prevede la possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di esigere condizioni particolari basate su considerazioni sociali, in merito all'esecuzione dell'appalto¹³³: questa disposizione, dunque, potrebbe delimitare una "zona franca", nella quale le condizioni sociali non debbono essere bilanciate con le ragioni della concorrenza.

Tali considerazioni, però, non convincono pienamente, tenuto presente che lo stesso art. 26, Dir. 2004/18/CE, nel momento in cui stabilisce che le condizioni particolari in merito all'esecuzione dell'appalto debbono essere «compatibili con il diritto comunitario», comporta una valutazione di compatibilità dei contratti collettivi con le regole del

¹³¹ Cfr. (in senso critico) Pallini, 2009, 204 ss.; De Mozzi, 2011, 48 ss.

¹³² Giubboni, Orlandini, 2007, 120.

¹³³ De Salvia, 2008, 1425.

mercato interno: e tale valutazione appare ancor più necessaria se si guarda l'impianto generale della direttiva, dove è stabilito esplicitamente (considerando n. 34) che «durante l'esecuzione di un appalto pubblico si applicano le leggi, le regolamentazioni e i contratti collettivi, sia nazionali che comunitari, in vigore in materia di condizioni di lavoro e sicurezza sul lavoro, purché tali norme, nonché la loro applicazione, siano conformi al diritto comunitario».

Quindi (almeno fino a quando la Corte di Giustizia manterrà ferma l'interpretazione dei concetti di "minimo di trattamento economico" e di "ordine pubblico", adottata nelle più recenti sentenze in materia di distacco transnazionale, e descritta nel paragrafo precedente), appare condivisibile la posizione di quella parte della dottrina secondo cui, dalla normativa europea in materia di appalti pubblici, ben difficilmente può ricavarsi un argine agli effetti della sentenza *Rüffert*, in merito all'illegittimità delle clausole sociali¹³⁴. Ciò, peraltro, emerge con ancora maggiore evidenza nelle nuove proposte di direttive europee sugli appalti.

A riprova di quanto affermato si può ricordare il considerando n. 44, COM(2011) 896 def., che, riprendendo sostanzialmente quanto stabilito nella sentenza *Rüffert*, recita: «durante l'esecuzione di un appalto si applicano le leggi, le regolamentazioni e i contratti collettivi in vigore in materia di condizioni di lavoro e sicurezza sul lavoro, sia a livello nazionale che a livello dell'Unione, purché tali norme, nonché la loro applicazione, siano conformi al diritto dell'Unione europea»¹³⁵.

¹³⁴ Orlandini, 2009, 70.

¹³⁵ La formulazione votata dall'IMCO (*retro*, nt. 85) differisce nella forma, ma non nella sostanza da quella originaria descritta nel testo. L'attuale versione del considerando n. 44, infatti, stabilisce che, durante l'esecuzione dell'appalto, si applicano le disposizioni tese alla tutela dei lavoratori vigenti nel luogo in cui deve essere effettuata la prestazione, indicate: dalle convenzioni internazionali allegare all'allegato XI alla proposta di direttiva; dalle direttive europee e dalle leggi nazionali; dai contratti collettivi, stipulati in conformità e nel rispetto dei limiti rispetto del diritto dell'Unione Europea. Nel considerando citato è specificato altresì che «nelle situazioni transfrontaliere, in cui lavoratori di uno Stato membro forniscono servizi in un altro Stato membro per la realizzazione di un appalto pubblico, la direttiva 1996/71/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 1996, relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi, stabilisce le condizioni minime che devono essere rispettate nel paese ospitante nei confronti di detti lavoratori distaccati». Anche il *final compromise text* del 12 luglio 2013 si inserisce nello stesso solco, nonostante una formulazione leggermente differente: al considerando n. 14c, infatti, è previsto che «*in view of an appropriate integration of [...] social and labour requirements in public procurement procedures it is of particular importance that Member States and contracting authorities take relevant measures to ensure compliance with obligations in the fields of [...] social and labour law that apply at the place where the works are executed or the services provided and result from laws, regulations, decrees and decisions, at both national and Union level, as well as from collective agreements, provided that such rules, and their application, comply with Union law. Equally, obligations stemming*

Un'ulteriore riprova di quanto sopra asserito è data dalla formulazione dell'art. 55, par. 3, lett. a, COM(2011) 896 def.¹³⁶, in cui è stabilito che «un'amministrazione aggiudicatrice può escludere dalla partecipazione a un appalto pubblico qualsiasi operatore economico se [...] essa ha conoscenza di qualsiasi violazione degli obblighi stabiliti dalla legislazione dell'Unione in materia di diritto del lavoro o della sicurezza sociale o di diritto ambientale oppure dalla legislazione internazionale in materia di previdenza sociale e di diritto ambientale elencata nell'allegato XI». All'allegato XI, COM(2011) 896 def., fra le convenzioni OIL a tutela dei lavoratori citate figurano quelle riguardanti: la libertà d'associazione e la tutela del diritto di organizzazione (n. 87); il diritto di organizzazione e di negoziato collettivo (n. 98); il lavoro forzato (n. 29); l'abolizione del lavoro forzato (n. 105); l'età minima di accesso al lavoro (n. 138); la discriminazione nell'ambito del lavoro e dell'occupazione (n. 111); la parità di retribuzione (n. 100); le forme di lavoro infantile (n. 182)¹³⁷.

L'aspetto più interessante (e più evidente) di questa proposta di revisione della disciplina europea degli appalti è senza dubbio rappresentato dal fatto che, nell'elencazione delle convenzioni OIL che i partecipanti ad una gara per l'aggiudicazione di un appalto o una concessione pubblica sono tenuti a rispettare, non figura la Convenzione n. 94/1949, ovverosia l'unica convenzione internazionale che regola i contratti stipulati da un'autorità pubblica e che, come abbiamo visto, consente al soggetto pubblico di limitare il gioco concorrenziale fra i partecipanti ad una gara d'appalto, imponendo loro il rispetto di condizioni di lavoro non meno favorevoli di quelle stabilite per un lavoro dello stesso genere nella professione o nell'industria interessate della stessa regione.

Il mancato richiamo, all'interno delle nuove proposte di direttive sugli appalti pubblici, alla Convenzione OIL n. 94/1949, che già da tempo

from international agreements ratified by all Member States and listed in Annex XI should apply during contract performance. However, this should in no way prevent the application of terms and conditions of employment which are more favourable to workers. The relevant measures should be applied in conformity with the basic principles of European Union law, notably with a view to ensure equal treatment. Such relevant measures should be applied in accordance with Directive 1996/71/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 1996 concerning the posting of workers in the framework of the provision of services and in a way that ensures equal treatment and does not discriminate directly or indirectly against economic operators and workers from other Member States» (cfr. anche i considerando nn. 44a e 44b).

¹³⁶ Cfr. anche art. 79, par. 3, lett. d, COM(2011) 895.

¹³⁷ Nella nuova proposta di direttiva, gli obblighi stabiliti dalle disposizioni internazionali in materia di previdenza sociale e di diritto ambientale elencate nell'allegato XI legislazione dell'Unione in materia di diritto del lavoro non appaiono in assoluto inderogabili: cfr. art. 69, COM(2011) 896 def. (*supra*, nt. 85).

è caduta in un cono d'ombra¹³⁸ ed è stata addirittura additata come «superata ed inutilizzabile»¹³⁹, probabilmente trova spiegazione proprio nel possibile conflitto fra la disciplina delle clausole sociali (spesso presenti negli ordinamenti nazionali a seguito della ratifica della Convenzione n. 94/1949) e la disciplina europea della concorrenza, alla luce dei principi che sono emersi dalla sentenza *Rüffert*¹⁴⁰. È pur vero che l'art. 351 Tfeue stabilisce, in via di principio, che le disposizioni dei trattati europei «non pregiudicano i diritti e gli obblighi derivanti da convenzioni concluse, anteriormente al 1° gennaio 1958 o, per gli Stati aderenti, anteriormente alla data della loro adesione, tra uno o più Stati membri da una parte e uno o più Stati terzi dall'altra» (e la maggior parte degli Stati

¹³⁸ Bruun, Jacobs, Schmidt, 2009, 659, ricordano che, già nel rapporto 2008 elaborato dalla Commissione di esperti per l'applicazione delle Convenzioni e delle Raccomandazioni OIL, era stato evidenziato il fatto che la Convenzione OIL n. 94/1949 avesse «sofferto negli ultimi anni di una sostanziale mancanza di interesse».

¹³⁹ Cfr. Bruun, Jacobs, Schmidt, 2009, 661, che riportano il giudizio espresso dalle associazioni datoriali a proposito della Convenzione OIL n. 94/1949 (dovuto anche al limitato numero di Stati che l'ha recepita), nel corso della 97° sessione della Conferenza internazionale del lavoro del maggio/giugno 2008.

¹⁴⁰ La versione della COM(2011) 896 def. sottoposta al vaglio dell'IMCO conteneva in proposito un emendamento, fortemente voluto dalla Confederazione Europea dei Sindacati, che introduceva espressamente (in linea di continuità con i principi dettati dalla Convenzione OIL n. 94/1949) l'obbligo di rispettare «i contratti collettivi vigenti nel luogo di prestazione del lavoro, del servizio o della fornitura», quale condizione di aggiudicazione degli appalti (cfr. Orlandini, 2013, 6). La formulazione che è uscita dal voto dell'IMCO, tuttavia, si attesta sull'impianto originario della proposta di direttiva: infatti, com'è stato rilevato (cfr. nuovamente Orlandini, 2013, 6), l'art. 15 (ma anche il considerando n. 44) prevede che «*Member State should ensure that economic operators comply with the environmental, social and labour law provisions which apply at the place where the works are executed, services provided or goods produced or supplied, as set out in international conventions listed in Annex XI and in Union and national law as well as in collective agreements concluded in accordance with national law and practices which respect Union law*». Il fatto che l'allegato XI, COM(2011) 896 def., non sia stato modificato, nel senso di includere fra le convenzioni OIL di cui sia necessario il rispetto per l'aggiudicazione degli appalti pubblici, anche la Convenzione OIL n. 94/1949, e la constatazione che l'art. 15 preveda l'obbligo per le imprese appaltatrici di rispettare la disciplina dettata dai contratti collettivi, ma soltanto nel rispetto e nei limiti dettati dal diritto europeo, implicano che (in virtù di quanto stabilito dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Rüffert*) restino invariati i dubbi circa la possibilità, per le stazioni appaltanti, di imporre «l'applicazione di contratti collettivi privi di efficacia generale alle imprese aggiudicatarie» (Orlandini, 2013, 6). Anche il *final compromise text* del 12 luglio 2013 non comprende la Convenzione OIL n. 94/1949 nell'allegato XI: rispetto alle formulazioni precedenti, è stato previsto soltanto (art. 54, par. 6) che «*the Commission shall be empowered to adopt delegated acts in accordance with Art. 89 to amend the list in Annex XI, where necessary, to add new international agreements that have been ratified by all Member States or where the existing international agreements referred to are no longer ratified by all Member States or they are otherwise changed, for instance in respect of their scope, content or denomination*».

membri hanno ratificato la convenzione prima del 1958)¹⁴¹. Tuttavia, la medesima disposizione sancisce altresì che, nella misura in cui tali convenzioni non siano compatibili con i trattati, lo Stato o gli Stati membri interessati devono ricorrere «a tutti i mezzi atti ad eliminare le incompatibilità constatate».

Alla luce di quanto stabilito nella sentenza *Rüffert*, ci si può chiedere allora se, a prescindere dalla denuncia della Convenzione OIL n. 94/1949 da parte dello Stato che l'ha recepita¹⁴², qualora in una procedura di appalto pubblico un'impresa stabilita in uno Stato membro diverso da quello in cui presta servizi trovi un ostacolo all'accesso al mercato nei minimi di trattamento (diversi e superiori a quelli legittimamente applicati ai propri dipendenti), indicati in un contratto collettivo che una clausola sociale impone di prendere a riferimento, quest'impresa abbia il diritto a vedere disapplicata (in sede amministrativa o giudiziale) la clausola in questione, in quanto illegittima¹⁴³.

E, addirittura, rimane aperto l'interrogativo se le imprese nazionali possano rivendicare il diritto a non vedersi poste in condizioni di svantaggio rispetto alle loro concorrenti europee, chiedendo la disapplicazione di tali clausole: in particolare, «vi è il rischio che attraverso l'appello al divieto di discriminazioni "al rovescio" anche le imprese stabilite in uno Stato membro - motivatamente lamentando di esser discriminate e poste in una posizione sfavorevole rispetto alle imprese che, pur stabilite in altri Stati membri, sono loro dirette concorrenti in quel mercato nazionale - possano sottrarsi all'applicazione delle disposizioni del diritto del lavoro nazionale» non ricomprese nell'elencazione di cui all'art. 3, par. 1, Dir. 1996/71/CE¹⁴⁴.

¹⁴¹ Cfr. Bruun, Jacobs, Schmidt, 2009, 667. L'Italia, come già ricordato in precedenza (par. 3.2), ha ratificato la Convenzione OIL n. 94/1949 nel 1952.

¹⁴² Sulla procedura di denuncia della Convenzione OIL n. 94/1949, prevista all'art. 14 della medesima convenzione, cfr. Bruun, Jacobs, Schmidt, 2009, 668.

¹⁴³ Ovviamente ciò potrebbe valere per le imprese stabilite in uno Stato membro dell'Unione europea diverso da quello in cui è eseguita la prestazione. La clausola sociale, invece, manterrebbe la sua applicabilità nei confronti delle imprese stabilite in Stati *extra* Unione europea.

¹⁴⁴ Cfr. e cit. Pallini, 2009, 204. Analoghe considerazioni anche in Orlandini, 2009, 70, Barnard, 2011, 269, e Mc Crudden, 2011, 48, che afferma «*after Rüffert, it is not clear at all economic operators (German and Polish) are being treated equally and not-discriminatorily, given the clear disadvantage to the German firms of being required under domestic law to pay higher wages than their (foreign) competitors*». Restando all'interno dei confini nazionali, si può rilevare come i giudici amministrativi inizino ad essere chiamati a decidere sulla legittimità delle clausole sociali finalizzate ad imporre un determinato contratto collettivo, rispetto ai principi della concorrenza nel mercato e all'apertura dei mercati degli appalti: in merito, cfr. TAR Puglia 13 settembre 2013, n. 1928, ove è stabilito che

3.3. Le disposizioni poste a tutela dei livelli occupazionali

Come abbiamo visto nei paragrafi precedenti, sia nella disciplina europea, sia nella disciplina italiana degli appalti, è previsto che le stazioni appaltanti inseriscano (o possano inserire) clausole poste a tutela delle condizioni economiche e normative dei lavoratori dipendenti: nel corso del tempo, tuttavia, a queste clausole ne sono state affiancate altre, di differente natura, poste a tutela della continuità occupazionale dei lavoratori impiegati negli appalti pubblici. Infatti, a partire (soprattutto) dagli anni '90 del secolo scorso, nella disciplina degli appalti e delle concessioni, sono state introdotte disposizioni finalizzate a garantire i livelli occupazionali, in una «prospettiva di tutela di tipo [...] collettivo e non più (solo) individuale dell'interesse dei lavoratori»: la dottrina, in proposito, ha parlato di "mutazione funzionale delle clausole sociali"¹⁴⁵.

Queste clausole sociali "di nuova generazione" si possono oggi ricondurre ad una "norma-archetipo" contemplata nel Codice degli Appalti: il riferimento è all'art. 69 del Codice degli Appalti (intitolato "Condizioni particolari di esecuzione del contratto prescritte nel bando o nell'invito")¹⁴⁶, in cui è sancito (cc. 1 e 2) che le stazioni appaltanti possano esigere condizioni particolari per l'esecuzione del contratto, attinenti a esigenze sociali o ambientali, «purché siano compatibili con il diritto comunitario e, tra l'altro, con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, e purché siano precisate nel bando di gara, o nell'invito in caso di procedure senza bando, o nel capitolato d'oneri»¹⁴⁷.

«l'imposizione dello specifico contratto precedentemente applicato avrebbe [...] iniquamente beneficiato // il pregresso gestore, con effettiva distorsione nella concorrenza tra le imprese partecipanti».

¹⁴⁵ Ghera, 2001, 145 ss. In proposito si deve ricordare che le clausole sociali modellate sull'art. 36, l. n. 300/1970, non risultavano (e risultano tuttora) *ex se* utili al fine di garantire i livelli occupazionali. Come ha affermato la dottrina (per un riepilogo sul punto, cfr. Faleri, 2009, 861), il contenuto dell'obbligo imposto dall'art. 36, l. n. 300/1970, «non coincide con il rispetto delle singole disposizioni del contratto collettivo» (Bortone, 1979, 650), ma riguarda soltanto «i diritti di credito derivanti dall'applicazione dei trattamenti economici e normativi non inferiori al contratto collettivo di categoria» (Ghera, 2001, 136). In altri termini, l'art. 36, l. n. 300/1970, si riferisce al trattamento dei dipendenti dell'appaltatore e questa disposizione non può essere invocata ai fini dell'applicazione delle eventuali clausole della contrattazione collettiva che prevedano l'obbligo dell'appaltatore di assumere i lavoratori già dipendenti da precedente appaltatore (Cass. 22 aprile 2002, n. 5828 in *Mass. Giur. Lav.*, 2002, 594).

¹⁴⁶ Riconduce esplicitamente le clausole sociali finalizzate alla tutela dei livelli occupazionali al disposto dell'art. 69 del Codice degli Appalti, Cons. Stato, Ad. Plen., 6 agosto 2013, n. 19.

¹⁴⁷ Ai sensi dell'art. 69, c. 3, del Codice degli Appalti, la stazione appaltante che prevede tali condizioni particolari può comunicarle all'AVCP, che ha l'onere di pronunciarsi entro trenta

In virtù di questa disposizione, che traspone fedelmente l'art. 26, Dir. 2004/18/CE¹⁴⁸, le stazioni appaltanti spesso inseriscono nei bandi di gara per la gestione di servizi "ad alta intensità di manodopera" clausole finalizzate a garantire, nel passaggio dal precedente al nuovo gestore del servizio, il mantenimento dei livelli di occupazione e la continuità occupazionale ai dipendenti, imponendo al gestore entrante la riassunzione di tutti i lavoratori impiegati dal gestore uscente.

Tali clausole, di cui si rinvengono esempi (anche risalenti nel tempo) nella disciplina legale di alcuni settori economici¹⁴⁹, sono al centro di un significativo contenzioso in sede amministrativa: le stazioni appaltanti, infatti, devono adeguatamente pubblicizzarle, al fine della realizzazione di un mercato trasparente, nel quale i concorrenti siano messi in condizione di conoscere, prima della presentazione dell'offerta, quali oneri si assumono con la partecipazione alla gara¹⁵⁰. Ma proprio perché il contenzioso s'incentra soprattutto sull'adeguatezza delle forme di pubblicità delle clausole sociali tese alla salvaguardia dei livelli occupazionali, molto spesso i giudici non si soffermano sul tema della legittimità delle clausole sociali, dandola per acquisita¹⁵¹. Al contrario, la legittimità di siffatte clausole è tutta da dimostrare, considerati i pesanti limiti che impongono alla libertà di iniziativa economica ed alla libertà di concorrenza.

In proposito, però, si può rilevare come, recentemente, in alcune decisioni sia stato affrontato il rapporto fra clausole sociali tese al mantenimento dei livelli occupazionali e libertà di mercato e sia stato

giorni sulla compatibilità delle condizioni con il diritto europeo. Al comma 4, invece, è previsto che gli operatori economici debbano dichiarare «di accettare le condizioni particolari, per l'ipotesi in cui risulteranno aggiudicatari» già in sede di offerta.

¹⁴⁸ *Retro*, nt. 112. La disposizione in esame risulta sostanzialmente immutata (per ciò che rileva in questa sede) nella nuova proposta di direttiva (anche per come emendata dopo il voto dell'IMCO): cfr. art. 70, COM(2011) 896 def.

¹⁴⁹ Il legislatore, a partire dalla fine degli anni '20 del XX secolo, ha disciplinato le conseguenze dei fenomeni di mera successione cronologica fra imprenditori: è il caso (a mero titolo esemplificativo) della disciplina relativa al personale delle ferrovie, tranvie e linee di navigazione interna in regime di concessione (cfr. art. 26, regolamento R.D. 8 gennaio 1931, n. 148).

¹⁵⁰ Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., n. 19/2013, che interviene sulla annosa questione relativa alla possibilità, per la stazione appaltante, di contemplare le clausole sociali finalizzate alla tutela dei livelli occupazionali nelle "sollecitazioni alla gara" ovvero nei bandi, piuttosto che in una fase successiva, nelle c.d. "lettere di invito".

¹⁵¹ Cfr., ad esempio, ord. TAR Milano 10 gennaio 2007, n. 19. Analoghe considerazioni possono valere per Cons. Stato 26 giugno 2012, n. 3764, e TAR Napoli 10 settembre 2013, n. 4216, in cui è stata affermata la legittimità della revoca di un appalto pubblico, nel caso in cui l'impresa *new comer* sia tenuta dal bando di gara a riassumere tutto il personale impiegato dall'appaltatore uscente, ma non ottemperare a questo obbligo.

stabilito che tali clausole non vanno a comprimere né la libertà d'iniziativa economica, né quella della concorrenza¹⁵².

Per sostenere la legittimità di questo particolare tipo di clausole sociali i giudici hanno fatto riferimento all'art. 41 Cost. e, in particolare, al comma 2, ove è sancito che la legge possa porre limiti alla libertà d'iniziativa economica, qualora vengano perseguiti "fini sociali"¹⁵³. Ciò, peraltro, troverebbe conferma proprio in una fattispecie simile (anche se non perfettamente coincidente) a quella della mera successione fra appaltatori e concessionari: la fattispecie del trasferimento d'azienda: l'art. art. 2112, c. 1, cod. civ., infatti, dispone che, «in caso di trasferimento d'azienda, il rapporto di lavoro continua con il cessionario ed il lavoratore conserva tutti i diritti che ne derivano»¹⁵⁴.

Si tratta tuttavia di affermazioni assai discutibili. Anzitutto, nelle decisioni in esame, non sono stati presi in considerazione i limiti entro cui la finalità sociale di salvaguardare i livelli occupazionali nei pubblici appalti può comprimere la libertà d'iniziativa economica del soggetto *new comer*. Il generico riferimento ai "fini sociali", di cui all'art. 41, c. 2, Cost., perciò, non appare sufficiente a legittimare restrizioni alla libertà di dimensionamento e scelta del personale impiegato nell'azienda, che caratterizzano uno dei nuclei essenziali della libertà d'iniziativa economica; non può essere infatti trascurato quanto affermato dalla Corte costituzionale, nelle sentenze in cui è stato affrontato il tema del rapporto fra l'obiettivo dello sviluppo dei tassi occupazionali e la libertà d'impresa¹⁵⁵.

In secondo luogo, l'accostamento fra le tutele previste in caso di trasferimento d'azienda e quelle previste in caso di mera successione fra appaltatori (o concessionari) appare improprio, dal momento che, secondo l'orientamento costante della Corte di Giustizia nell'ultimo decennio, la fattispecie della perdita di un appalto di servizi (o di una concessione) a vantaggio di un'impresa concorrente è ben distinta da quella del trasferimento d'azienda. Ad avviso della Corte, affinché la fattispecie della successione nella titolarità di un appalto o concessione di

¹⁵² TAR Lazio 18 giugno 2013, n. 6094 (ma anche, in precedenza, Cons. Stato n. 3764/2012, e Cons. Stato 30 aprile 2013, n. 2374 - sentenza non definitiva).

¹⁵³ "Esigenze sociali" che possono mettere anche in subordine il principio di "economicità" degli appalti, come previsto dall'art. 2, c. 2, del Codice degli Appalti.

¹⁵⁴ A supporto di questa tesi, vengono indicate le sentenze CGCE 7 marzo 1996, CC 171/1994 e 172/1994, *Merckx; Neuhuys / Ford Motors Company Belgium SA*; 11 marzo 1997, C-13/1995, *Süzen*; 14 settembre 2000, C-343/1998, *Collino, Chiappero*; 26 settembre 2000, C-175/1999, *Mayeur*.

¹⁵⁵ Il riferimento è alle sentenze in cui è stata vagliata (e negata) la legittimità costituzionale del c.d. "imponibile di manodopera", rispetto ai principi di cui all'art. 41 Cost.: cfr. Ghera, 2001, 148, e, più recentemente, Costantini, 2011, 240 ss.

servizi (anche ad alta intensità di manodopera) possa essere ricondotta a quella della cessione d'azienda, è necessario che si configuri il trasferimento di un'entità economica organizzata, che conservi la propria identità nel passaggio da un imprenditore all'altro¹⁵⁶. In altri termini, la successione fra appaltatori non sempre costituisce trasferimento d'azienda, perché può difettare l'elemento base della cessione, e cioè il trasferimento di un'entità che, per quanto "de-materializzata", «deve comunque conservare una propria identità di soggetto economico, di organizzazione di beni e di persone, anche se assemblati in proporzioni pur molto diverse, tale da consentire l'esercizio di un'attività d'impresa»¹⁵⁷. Alla luce di quanto appena rilevato, la fattispecie della successione nell'esecuzione di un appalto, tutelata dalle clausole sociali che prevedono a carico dell'impresa *new comer* la riassunzione dei lavoratori impiegati dal precedente soggetto appaltatore o concessionario, non è sempre riconducibile a quella del trasferimento d'azienda: è ben possibile, infatti, che la successione fra un imprenditore ed un altro nel compimento di un'opera o nella gestione di un servizio non sia caratterizzata dal transito di alcuna "entità economica produttiva organizzata"¹⁵⁸.

¹⁵⁶ Ad esempio, cfr. i riferimenti in Carinci, 2007, 335 ss., e Bano, 2008, 16.

¹⁵⁷ Cfr. e cit. Romei, 1999, par. 4.3 e par. 8. Sull'art. 29, c. 3, d.lgs. n. 276/2003, secondo cui l'acquisizione del personale già impiegato nell'appalto a seguito di subentro di un nuovo appaltatore non costituisce trasferimento d'azienda, cfr. Speciale, 2006, par. 6.

¹⁵⁸ Dal momento che si tratta di "riassunzione", è evidente che i rapporti di lavoro presso l'appaltatore o il gestore uscente debbano considerarsi comunque cessati e non possano produrre effetto fino al momento dell'effettiva nuova assunzione presso il nuovo assegnatario dell'appalto (cfr. Marinelli, 2011, 230 ss.). E dal momento che si tratta di obbligo di riassunzione in capo al gestore *new comer* e non di continuazione del rapporto di lavoro nel passaggio dal precedente appaltatore al successore, è possibile fornire una risposta negativa al quesito se la protezione accordata dalle clausole sociali qui in esame possa essere ricondotta ad un "trattamento di miglior favore" ai sensi dell'art. 8, direttiva 2001/23/CE, del 12 marzo 2001, relativa al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti d'impresa. Considerato che la regola del trattamento più favorevole di cui all'art. 8, «trova il suo presupposto funzionale [...] nella circostanza che i trattamenti posti a confronto siano comparabili sotto il profilo quantitativo», se «si esce dai termini del confronto "quantitativo"», il rischio è che si possa procedere al raffronto fra il *melius* ed il *pejus* soltanto attraverso valutazioni soggettive circa i (presunti) interessi dei destinatari della disciplina (Novella, Vallauri, 2005, 184 ss.): e, nel caso in esame, mancano i requisiti minimi per poter procedere al test del *favor*, perché le clausole sociali non prevedono l'estensione della disciplina di cui all'art. 2112 cod. civ., ma un tipo di tutela affatto diversa. L'estensione della disciplina del trasferimento d'azienda è invece prevista in alcuni casi specifici: basti ricordare il Regolamento (CE) n. 1370/2007, del 23 ottobre 2007, relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia. Infatti, all'interno di questo regolamento, finalizzato a promuovere «una concorrenza regolamentata» nel settore del trasporto passeggeri (ed affinché questo presenti requisiti di sicurezza, efficacia, elevata qualità, trasparenza ed efficienza dei servizi), si rinviene, all'art. 4, la previsione secondo cui

Pare allora necessario interrogarsi ancora sulla legittimità delle clausole sociali tese alla salvaguardia dei livelli occupazionali¹⁵⁹⁻¹⁶⁰: una

«fatta salva la legislazione nazionale e comunitaria, compresi i contratti collettivi tra le parti sociali, le autorità competenti possono imporre all'operatore del servizio pubblico prescelto di garantire al personale precedentemente assunto per fornire i servizi i diritti di cui avrebbe beneficiato se avesse avuto luogo un trasferimento ai sensi della Dir. 2001/23/CE». In questo caso, dunque piuttosto, che in presenza di una clausola sociale simile a quelle al centro della presente analisi, siamo di fronte ad un'estensione della disciplina del trasferimento d'azienda (cfr. Inglese, 2012, 249 ss.). Simili contenuti presenta l'art. 10, par. 2, della proposta di Regolamento del Parlamento e del Consiglio per l'istituzione di un quadro normativo per l'accesso al mercato dei servizi portuali e la trasparenza finanziaria dei porti COM(2013) 296 final.

¹⁵⁹ In verità, i giudici amministrativi hanno utilizzato altri due "indici", oltre al già ricordato rinvio ai principi di cui all'art. 41, c. 2, Cost., per rafforzare la tesi della legittimità delle clausole sociali tese alla salvaguardia dei livelli occupazionali. Infatti, è stato fatto richiamo al protocollo d'intesa trilaterale, sottoscritto il 10 dicembre 2010 fra il Ministero per i Beni e le Attività Culturali e le organizzazioni sindacali, ove è stato pattuito che «in caso di subentro di un imprenditore ad un altro nella titolarità di una concessione di servizi al pubblico nei luoghi di cultura statali, il subentrante si obbliga a garantire la continuità dei rapporti di lavoro in essere al momento del subentro, con esclusione di ulteriori periodi di prova [...] ferma restando la facoltà di armonizzare l'organizzazione del lavoro [...] con le proposte e le esigenze dell'impresa subentrante» (in merito, cfr. la deliberazione AVCP, 6 marzo 2013, n. 10). È forse superfluo rimarcare che la stipulazione del protocollo non implica *ex se* che i suoi contenuti siano leciti (in riferimento alle libertà del mercato ed alle leggi che ne regolano il funzionamento).

¹⁶⁰ Il terzo "indice" di legittimità delle clausole sociali utilizzato dai giudici amministrativi è rappresentato dalla sentenza della Corte Cost. 3 marzo 2011, n. 68 (in *Quad. Reg.*, 2011, 704). In questa sentenza, alcune disposizioni della l. reg. Puglia 3 agosto 2007, n. 25 (come modificata dalla l. reg. Puglia 25 febbraio 2010, n. 4), relative alla stabilizzazione (di più ruoli) del personale sanitario sono state ritenute costituzionalmente illegittime per violazione (fra gli altri) dell'art. 97 Cost.: ciò che qui interessa rilevare è il fatto che la Corte Costituzionale abbia affermato che l'art. 25, c. 1, l. reg. Puglia n. 25/2007, non poteva considerarsi legittimo poiché stabiliva «in modo automatico e generalizzato l'assunzione a tempo indeterminato» del personale già «utilizzato» dalla precedente impresa o società affidataria dell'appalto». Una siffatta disposizione non rappresenta una 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») e viola l'art. 97 Cost. «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 [...] 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». Qui è importante sottolineare che la Corte Costituzionale non si è pronunciata sulla legittimità delle clausole sociali tese alla salvaguardia dei livelli occupazionali, ma a queste ha fatto riferimento soltanto per meglio inquadrare i meccanismi di promozione dell'occupazione introdotti dall'art. 30, l. reg. Puglia n. 4/2010. Interessante evidenziare altresì che Cons. Stato 5 aprile 2013, n. 1896, sulla base delle motivazioni della sentenza Corte Cost. n. 68/2011, ha affermato che la clausola sociale che impone al soggetto *new*

risposta (negativa) a questo interrogativo può essere tratta dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia.

3.3.1. Le clausole sociali nella giurisprudenza della Corte di Giustizia

La Corte di Giustizia ha avuto modo di pronunciarsi in due distinte occasioni sulle clausole sociali poste a protezione dei livelli occupazionali: il riferimento è alle sentenze Cgce 9 dicembre 2004, C-460/2002, *Commissione delle Comunità Europee c. Repubblica italiana*, e 14 luglio 2005, C-386/2003, *Commissione delle Comunità Europee c. Repubblica federale di Germania*, entrambe relative al recepimento nazionale della direttiva 1996/67/CE, del 15 ottobre 1996, riguardante l'accesso al mercato dell'*handling* aeroportuale e finalizzata a garantirne il libero accesso ai prestatori dei servizi (art. 6).

In entrambi i casi, sono state sottoposte al vaglio della Corte di Giustizia clausole sociali tese alla salvaguardia della continuità occupazionale nel settore dell'*handling* aeroportuale, in caso di successione fra appaltatori: clausole che i legislatori nazionali avevano adottato in base alle previsioni contenute nell'art. 18, Dir. 1996/67/CE, relativo alla possibilità di adottare misure dirette alla tutela dei diritti dei lavoratori¹⁶¹. In particolare, la disciplina italiana e quella tedesca avevano previsto a carico delle imprese *new comers* nel mercato dei servizi di assistenza a terra di un aeroporto nazionale (nel caso in cui non si configurasse un trasferimento di azienda), «l'onere di assumere alle proprie dipendenze il personale impiegato dal precedente gestore in misura proporzionale alla quota di traffico o di attività acquisita»¹⁶². E, in

comer l'assunzione a tempo indeterminato dei dipendenti prima impiegati dal soggetto gestore dell'appalto o della concessione, al fine di garantire «le condizioni economiche e contrattuali già in essere», non può essere considerata legittima, in quanto vi può essere contrasto fra durata del contratto di lavoro e durata dell'appalto (o della concessione).

¹⁶¹ L'art. 18, Dir. 1996/67/CE (intitolato «Protezione sociale e dell'ambiente»), stabilisce che «fatta salva l'applicazione delle disposizioni della presente direttiva e nel rispetto delle altre disposizioni del diritto comunitario, gli Stati membri possono adottare le misure necessarie per garantire la tutela dei diritti dei lavoratori e il rispetto dell'ambiente». Oltre al riferimento all'art. 18, Dir. 1996/67/CE, i governi italiano e tedesco, a difesa delle proprie discipline nazionali, avevano addotto proprio la riconducibilità della fattispecie della successione fra appaltatori a quella del trasferimento d'azienda: tale riconducibilità è stata, però, negata dalla Corte di Giustizia, in conformità all'orientamento giurisprudenziale descritto nel paragrafo precedente.

¹⁶² Pallini, 2006, 344, ha messo in rilievo che mentre nella disciplina italiana l'obbligo di assunzione trovava applicazione in ogni caso, nella disciplina tedesca era attribuita «all'originario gestore-monopolista dei servizi a terra di ciascun aeroporto la facoltà di decidere se esigere dalle imprese neoentrate la riassunzione» dei dipendenti o se ricevere, invece, «dalle stesse imprese un corrispettivo compensativo dei costi, per incentivi all'esodo

modo speculare, la disciplina italiana e quella tedesca sono state dichiarate non compatibili con le finalità della Dir. 1996/67/CE, proprio in ragione della «non proporzionalità degli effetti restrittivi della concorrenza tra imprese nel mercato dei servizi aeroportuali, rispetto al fine di garantire la stabilità occupazionale dei lavoratori»¹⁶³.

Secondo la Corte di Giustizia (e queste considerazioni ben si attagliano al più ampio settore degli appalti pubblici), le clausole adottate dal legislatore italiano e da quello tedesco dovevano ritenersi illegittime, poiché consentivano di esercitare una pressione sulle imprese che avessero voluto entrare nel mercato dell'*handling*, vincolandole ad assumere i lavoratori già impiegati nei servizi di assistenza a terra e rendendo onerosa l'immissione di nuovi prestatori di servizi nel mercato¹⁶⁴.

La dottrina ha affermato che la Corte di Giustizia non ha adeguatamente motivato tali decisioni: infatti, «sarebbe stato lecito attendersi un giudizio di ragionevolezza esplicito sulle scelte compiute» dai legislatori nazionali, «in modo da valutare il contemperamento realizzato tra le contrapposte esigenze, entrando anche nel merito degli obiettivi perseguiti e degli strumenti individuati», per la salvaguardia della continuità occupazionale nel settore di mercato di riferimento¹⁶⁵. Sarebbe stato altrettanto legittimo attendersi che la Corte valutasse le clausole sociali non solo in ragione della loro funzione di tutela dei posti di lavoro dei lavoratori occupati da un operatore in procinto di uscire dal mercato, ma anche in ragione dell'«ulteriore obiettivo di favorire la mobilità tra le imprese, nell'indubbio interesse dell'imprenditore uscente (di risolvere agevolmente i contratti di lavoro con il personale interessato), ma anche [...] di quello subentrante (di reclutare personale già esperto)»¹⁶⁶.

Non si può però negare che, specie nei segmenti di mercato contraddistinti da "alta intensità di manodopera", il costo del lavoro rappresenti la voce di spesa che maggiormente incide sulle imprese che vogliono affacciarsi su tali segmenti: in quest'ottica, l'obbligo di mantenere il personale già in forza presso il precedente gestore del

incentivato, licenziamenti, ammortizzatori sociali» che il gestore uscente avrebbe sopportato «a seguito della mancata assunzione dei suoi dipendenti in esubero».

¹⁶³ Pallini, 2006, 345.

¹⁶⁴ Par. 26 ss. sentenza Cgce C-386/2003 e 34 ss. sentenza C-460/2002.

¹⁶⁵ Mutarelli, 2005, 275. Cfr. anche Pallini, 2006, 48; Aimo, 2007, 117 e 118. Per quanto riguarda il caso italiano, però, considerazioni simili a quelle sviluppate dalla Corte di Giustizia erano state proposte in precedenza dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM): cfr. par. 39, segnalazione AGCM 5 febbraio 2004, "Liberalizzazione e privatizzazione delle attività aeroportuali". Sul punto, cfr. Maffeo, 2007, 386, nt. 8.

¹⁶⁶ Aimo, 2007, 107.

servizio (*rectius*, l'obbligo di doverlo riassumere), riduce fortemente (fino quasi ad azzerarle) le armi competitive dei potenziali *new comers*. Se, inoltre, si considera che, oltre all'eventuale obbligo di riassunzione dei lavoratori impiegati dal precedente appaltatore, vi può essere l'obbligo di applicare lo stesso trattamento economico e normativo riconosciuto dal gestore uscente, in forza dell'art. 36, l. n. 300/1970, e dell'art. 118, c. 6, del Codice degli Appalti, si arriva alla conclusione che il costo del lavoro dipendente, nei settori *labour intensive*, rischia di divenire un parametro rigido (determinato nella quantità e nel costo), svincolato dalle scelte dei potenziali entranti ed inutilizzabile come fattore concorrenziale nelle gare per l'aggiudicazione di appalti e servizi¹⁶⁷.

3.3.2. Contrattazione collettiva e tutela dei livelli occupazionali

Il disposto dell'art. 118, c. 6, del Codice degli Appalti, appena richiamato, può avere un ruolo determinante anche nella disciplina delle clausole sociali tese alla salvaguardia dell'occupazione dei lavoratori impiegati negli appalti pubblici.

È ben possibile, infatti, che la legge, o la *lex specialis* della gara, non contengano alcuna clausola sociale finalizzata ad imporre al nuovo gestore la riassunzione dei lavoratori impiegati dal precedente imprenditore: ma non è affatto escluso che una siffatta previsione possa essere contenuta nel contratto collettivo di settore¹⁶⁸, di cui l'art. 118, c. 6, del Codice degli Appalti, impone l'applicazione. In altri termini, il ruolo di tutela dell'occupazione, ricoperto usualmente da apposite disposizioni presenti all'interno dei bandi di gara, può essere affidato anche alla contrattazione collettiva: certo non è la stessa cosa, ma anche il contratto collettivo è fonte di obbligazioni, specialmente quando l'applicazione del contratto è condizione necessaria per poter accedere al mercato (come accade nel caso della disciplina degli appalti pubblici)¹⁶⁹.

¹⁶⁷ Cfr. Girotto, 2012, 62 ss. In merito, però, cfr. Cons. Stato n. 3764/2012, secondo cui l'interesse delle imprese a non assumere il personale già in servizio non deve restare un assunto generalizzato ed indimostrato. Le imprese, al fine di contestare l'illegittimità di una clausola sociale che imponga la riassunzione dei lavoratori impiegati dal gestore uscente, devono provare che la libera scelta dei propri dipendenti può comportare una riduzione dei costi da far valere nella fase di presentazione dell'offerta.

¹⁶⁸ A mero titolo esemplificativo, cfr. art. 37, Ccnl cooperative del settore socio-sanitario, assistenziale-educativo e di inserimento lavorativo, 2010-2012, stipulato il 16 dicembre 2011.

¹⁶⁹ Problemi di tutt'altra natura si verificano nel caso degli appalti privati (dunque, dove non vi sia per legge l'obbligo di applicare un determinato contratto collettivo). Infatti, l'efficacia di una clausola sociale, prevista in un contratto collettivo, tesa al riassorbimento dei lavoratori impiegati dal precedente appaltante (esempi di queste clausole si trovano in Marinelli, 2011, 220, nt. 6 e 11; Girotto, 2012, 62 ss.; Scolastici 2013) sarebbe circoscritta dal (limitato) campo di applicazione soggettivo del contratto: gli obblighi derivanti dalla

Il fatto che l'obbligo di riassumere i lavoratori, in caso di successione fra appaltatori, discenda dal contratto collettivo, piuttosto che dalla legge, non fa venir meno i dubbi sulla compatibilità di un siffatto obbligo con i principi dell'Unione europea in materia di concorrenza.

Una parte della dottrina¹⁷⁰ ritiene che questi dubbi possano essere fugati partendo da quanto affermato dalla Corte di Giustizia, che ha riconosciuto che la contrattazione collettiva possa contenere clausole aventi effetti limitativi della concorrenza fra le imprese¹⁷¹, purché i contratti collettivi «siano volti a conseguire gli obiettivi di miglioramento delle condizioni di occupazione e di lavoro posti dagli artt. 2 e 3, lett. g, i, TCE»¹⁷².

Secondo questa dottrina, è vero che la «necessaria correlazione dell'oggetto della contrattazione collettiva rispetto agli obiettivi di protezione sociale individuati dal Trattato [...] non mette autonomamente al riparo i prodotti dell'autonomia collettiva dall'osservanza della logica mercantile, sottoponendoli [...] "ad un controllo sul merito dei fini, dei risultati e della congruità del rapporto tra questi"»¹⁷³. Tuttavia, gli obblighi di riassunzione di natura contrattuale godrebbero dell'*antitrust immunity*, perché sono finalizzati e necessari a conseguire un obiettivo d'interesse generale (il miglioramento delle condizioni di lavoro) e perché rappresentano il risultato di un processo di contrattazione in grado di garantire correlazione ed equilibrio fra il fine della tutela dell'occupazione ed i sacrifici imposti alle libertà di mercato¹⁷⁴. Infatti, a differenza di quanto accade con le clausole sociali previste *ex lege*, dove il sacrificio della libertà d'impresa e di concorrenza a vantaggio dei diritti occupazionali dei lavoratori è unilateralmente determinato dal legislatore, in questo caso l'equilibrio fra libertà di mercato e diritto all'occupazione sarebbe liberamente determinato dalle parti sociali.

contrattazione collettiva, infatti, sono cogenti esclusivamente nei confronti delle aziende aderenti alle associazioni stipulanti il contratto collettivo ovvero a quelle cui tale contratto sia applicabile per recezione (implicita o esplicita). Sul punto, cfr. Vallebona, 1999, 217; più recentemente, cfr. interpello Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale 1° agosto 2012, n. 22.

¹⁷⁰ Cfr. Aimo, 2007, 121.

¹⁷¹ Il richiamo è al par. 59, Cgce 21 settembre 1999, C-67/1996, *Albany International BV*.

¹⁷² Pallini, 2000, 241.

¹⁷³ Aimo, 2007, 121 e 122.

¹⁷⁴ Cfr. Aimo, 2007, 123. Le considerazioni dell'Autrice sono riferite alla disciplina del mercato dell'*handling* aeroportuale ed alle formulazioni dell'art. 14, d.lgs. n. 18/1999, successive a quella originaria (necessarie a seguito delle censure di legittimità effettuate dalla Corte di Giustizia: ripercorre queste vicende Costantini, 2011, 245 ss.), ma si adattano bene anche al mercato degli appalti pubblici e all'impianto del Codice degli Appalti, e, per questo motivo, sono state utilizzate ai fini della presente trattazione.

Dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, però, affiorano più forti argomenti che portano ad affermare l'illegittimità delle clausole sociali tese alla salvaguardia dei livelli occupazionali nella successione fra appaltatori, già emersi, peraltro, sia nelle sentenze di giudici nazionali¹⁷⁵, sia nella giurisprudenza di altri Paesi appartenenti all'Unione europea¹⁷⁶. La legittimità delle disposizioni poste a tutela dei lavoratori, introdotte dalla contrattazione collettiva, non deve essere infatti valutata (soltanto) con riferimento alla nozione di concorrenza "all'interno del mercato", ma (anche) con riferimento alla nozione di concorrenza "nell'accesso al mercato", con il conseguente scivolamento del piano d'analisi dal principio della libera concorrenza sul mercato a quello della libertà di accesso al mercato (e, dunque, della libera prestazione di servizi).

In particolare, nella sentenza Cgue 15 luglio 2010, C-271/2008, *Commissione Europea c. Repubblica federale di Germania*¹⁷⁷, la Corte di Giustizia ha affermato che, sebbene gli accordi collettivi conclusi tra le organizzazioni rappresentative dei datori di lavoro e dei lavoratori (nonostante gli effetti restrittivi della concorrenza) non ricadano sotto le previsioni dell'art. 101, n. 1, Tfu, ciò non implica *ex se* che siffatti accordi siano compatibili con le norme dell'Unione riguardanti l'applicazione delle libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi. Se, infatti, l'«esercizio della libertà delle parti sociali e del diritto di negoziazione collettiva» non comporta, di per sé, «come inevitabile corollario, una lesione [...] alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi», «il fatto che un accordo o un'attività siano sottratti all'ambito applicativo delle disposizioni del Trattato in materia di concorrenza non ha come conseguenza automatica che tale accordo o tale attività siano altresì esonerati dal rispettare gli obblighi imposti dalle disposizioni» del Trattato in materia di libera prestazione dei servizi, «dal

¹⁷⁵ Cfr. i riferimenti presenti in Mazzeo, 2007, 391.

¹⁷⁶ Brino, 2012, 112 ss., ricorda che, in Francia, «il *Conseil d'État* è più volte intervenuto in materia di accordi collettivi che impongono il trasferimento di una parte di lavoratori dal precedente al nuovo concessionario di un servizio pubblico». Secondo il *Conseil d'État*, la clausola negoziale che obbliga i nuovi gestori a riassumere i lavoratori impiegati dal precedente gestore dissuade i concorrenti, provocando una distorsione della concorrenza: tale disposizione, anche se finalizzata a preservare l'occupazione, apporterebbe un pregiudizio eccessivamente sproporzionato al principio della libera concorrenza.

¹⁷⁷ In questa sentenza, la Corte di Giustizia ha stabilito l'illegittimità di una normativa in materia di previdenza integrativa aziendale che consentiva alle pubbliche amministrazioni tedesche di stipulare accordi quadro con alcuni enti previdenziali, individuati da un contratto collettivo anziché scelti con gara d'appalto a livello europeo, al fine di garantire ai propri dipendenti servizi di previdenza complementare: cfr. De Salvia, 2012, 5 ss.

momento che questi due ordini di disposizioni rispondono ciascuno a specifici presupposti di applicazione»¹⁷⁸.

Alla luce dell'orientamento espresso dalla Corte di Giustizia non pare possibile sostenere che le clausole di garanzia di continuità occupazionale siano legittime, per il solo fatto che trovano la loro fonte in un contratto collettivo, anziché nella legge. Gli obblighi di riassunzione sono stati ritenuti dalla Corte di Giustizia incompatibili con il diritto dell'Unione europea, perché in grado di compromettere l'apertura dei mercati, scoraggiando potenziali *new comers* a causa del profilarsi di costi (elevati) di manodopera, non determinati dalle proprie scelte imprenditoriali (con conseguente compressione della libertà d'impresa e di prestare servizi)¹⁷⁹. Le previsioni dei contratti collettivi, al pari di qualsiasi altra disposizione (contenuta nella legge o nella *lex specialis* della gara), tesa alla protezione sociale dei lavoratori, che «preveda il riassorbimento da parte dei nuovi entranti di personale del precedente gestore, ancorché non fondata, su un obbligo legale ma derivante da una imposizione in via di fatto», sembrano allora, e allo stato, incompatibili con il diritto europeo nella misura in cui, in concreto, sono in grado di produrre «l'effetto di porre a carico dei nuovi operatori i costi di gestione di chi li ha preceduti»¹⁸⁰.

Naturalmente questo non esclude che gli orientamenti della Corte di Giustizia possano cambiare, in futuro: ma occorrerebbe una svolta in

¹⁷⁸ Par. 46-48, sentenza Cgue C-271/2008. Cfr. anche i par. 65-67 delle conclusioni dell'Avv. Gen. V. Trstenjak alla sentenza Cgue C-271/2008, presentate il 14 aprile 2010 (su cui, cfr. Carabelli, 2011a, 231 ss.).

¹⁷⁹ Cfr. par. 34, sentenza Cgce C-460/2002.

¹⁸⁰ Maffeo, 2007, 388. Se le disposizioni (contenute nella legge, nella *lex specialis* di gara, o nel contratto collettivo di cui è richiesta l'applicazione), che impongono la riassunzione dei lavoratori impiegati dal precedente appaltatore (ovvero dal gestore uscente del servizio), appaiono illegittime rispetto ai principi del diritto europeo, non altrettanto si può sostenere circa le disposizioni che stabiliscono ai lavoratori impiegati in un appalto il diritto di precedenza (delimitato nel tempo ed attivabile in caso di sostanziale equivalenza fra le qualifiche ricercate dall'impresa e quelle possedute dal lavoratore) nelle assunzioni che effettuerà l'imprenditore *new comer*: sul punto, ampiamente, Costantini, 2011, 256 ss. A sostegno di queste considerazioni, cfr. parere AVCP, 13 marzo 2013, nn. AG19/13, e AG 20/13, nonché parere AVCP, 23 gennaio 2013, n. 41, secondo cui le clausole sociali poste a tutela dei livelli occupazionali non possono prevedere, a favore dei lavoratori impiegati dall'appaltatore uscente, un diritto soggettivo alla riassunzione presso il *new comer*, ma, piuttosto, possono contemplare (al massimo) una priorità nella loro riassunzione «escludendo un obbligo assoluto di totale riassorbimento dei lavoratori del pregresso appalto, senza che si tengano in considerazione le mutate condizioni del nuovo appalto, il contesto sociale e di mercato o il contesto imprenditoriale in cui dette maestranze si inseriscono». In altre parole, l'appaltatore subentrante può essere tenuto ad assumere prioritariamente «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'imprenditore subentrante» (Cons. Stato 16 giugno 2009, n. 3900).

senso "sociale" delle politiche dell'Unione europea, che spingesse anche la Corte verso interpretazioni più aperte alla considerazione delle implicazioni sociali che l'attuale rigida tutela della concorrenza comporta.

4. Le "clausole sociali" e la promozione di standards sociali elevati

Come abbiamo appena avuto modo di vedere l'art. 69 del Codice degli Appalti, consente alle stazioni appaltanti di esigere il rispetto di condizioni sociali (in merito alla tutela di condizioni di lavoro dignitose ed alla tutela dei livelli occupazionali), durante la fase di esecuzione dell'appalto, purché compatibili con il diritto europeo; in particolare, le condizioni richieste (che devono riguardare non l'oggetto dell'appalto, ma le sue modalità di realizzazione): non devono violare il principio di parità di trattamento; non devono essere discriminatorie; non devono rappresentare un ostacolo alla libertà di stabilimento delle imprese e alla libera circolazione dei servizi, imponendo restrizioni che non siano necessarie, adeguate e proporzionali rispetto ai fini di protezione dei lavoratori perseguiti¹⁸¹.

Compatibili con i principi del diritto europeo devono risultare anche quelle clausole sociali che, nel corso del tempo, le amministrazioni pubbliche hanno iniziato (e continuano) ad inserire nei bandi di gara, e che sono relative al raggiungimento di obiettivi sociali "avanzati", quali: il reinserimento nel mercato del lavoro di persone svantaggiate e/o escluse; la realizzazione di piani di azioni positive per la promozione dell'uguaglianza sostanziale (specialmente in un'ottica di genere); la promozione dell'occupabilità di soggetti con disabilità¹⁸².

In questa sede è interessante non tanto soffermarsi sui limiti di legittimità di siffatte clausole sociali (poiché valgono le considerazioni sviluppate nei paragrafi precedenti), quanto, piuttosto, interrogarsi sulla possibilità per le stazioni appaltanti di valorizzare la promozione di *standards* sociali avanzati non solo nella fase di esecuzione dell'appalto o della concessione, ma anche nel momento della definizione dei criteri di aggiudicazione, quando la stazione appaltante abbia optato per il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (a scapito di quello dell'offerta economicamente più bassa)¹⁸³.

Per dare una risposta al quesito posto, è necessario partire dall'art. 53, Dir. 2004/18/CE, che disciplina il criterio di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni dell'offerta economicamente più

¹⁸¹ Per un riepilogo, cfr. Dettori, 2013, 1001 ss.

¹⁸² *Supra*, par. 1.1.

¹⁸³ *Retro*, par. 3.1.1.

vantaggiosa. Questa disposizione (così come l'art. 83 del Codice degli Appalti, che traspone fedelmente l'art. 53 della direttiva), prevede che nei bandi di gara possano essere stabiliti criteri di valutazione dell'offerta legati a: prezzo; qualità; pregio tecnico; caratteristiche estetiche e funzionali; caratteristiche ambientali e contenimento dei consumi energetici e delle risorse ambientali; costo di utilizzo e manutenzione; redditività; servizio successivo alla vendita; assistenza tecnica; data di consegna o termine di consegna o di esecuzione; impegno in materia di pezzi di ricambio; sicurezza di approvvigionamento.

Come evidente, le disposizioni richiamate, a differenza dell'art. 26, Dir. 2004/18/CE, e dell'art. 69 del Codice degli Appalti, relativi alle condizioni di esecuzione degli appalti, nulla dicono in merito alla legittimità dell'utilizzo di criteri sociali nella fase di valutazione delle offerte¹⁸⁴.

La dottrina, tuttavia, ha rilevato che l'elenco di cui all'art. 53, par. 1, lett. a, Dir. 2004/18/CE (e, di conseguenza, anche quello di cui all'art. 83 del Codice degli Appalti), è esemplificativo e non tassativo e che, inoltre, la legittimità dell'utilizzo di "criteri socialmente avanzati" nella valutazione delle offerte può trovare sostegno in altre disposizioni contemplate nella disciplina italiana ed europea degli appalti pubblici¹⁸⁵. Nelle direttive europee sugli appalti, infatti, al considerando n. 46, Dir. 2004/18/CE (ma anche al considerando n. 55, Dir. 2004/17/CE), è stato esplicitamente previsto che «al fine di garantire la parità di trattamento, i criteri di aggiudicazione dovrebbero consentire di raffrontare le offerte e di valutarle in maniera oggettiva. Se tali condizioni sono soddisfatte, criteri di aggiudicazione economici e qualitativi, come quelli relativi al rispetto di requisiti ambientali, possono consentire all'amministrazione aggiudicatrice di rispondere ai bisogni della collettività pubblica interessata, quali espressi nelle specifiche dell'appalto. Alle stesse condizioni un'amministrazione aggiudicatrice può utilizzare criteri volti a soddisfare esigenze sociali, soddisfacenti, in particolare, bisogni – definiti nelle specifiche dell'appalto – propri di categorie di popolazione

¹⁸⁴ Nel processo di riformulazione dell'art. 53, Dir. 2004/18/CE, in origine, non figuravano i "criteri sociali", quali condizioni aggiuntive che le stazioni appaltanti possono prendere in considerazione nelle fasi di aggiudicazioni degli appalti: cfr. art. 76, COM(2011) 895 def.; art. 66, COM(2011) 896 def.; art. 39, COM(2011) 897 def. Il *final compromise text* del 12 luglio 2013, invece, all'art. 66, par. 2, prevede che «*the most economically advantageous tender from the point of view of the contracting authority shall be identified on the basis of the price or cost, using a cost-effectiveness approach [...] and may include the best price-quality ratio, which shall be assessed on the basis of -criteria including qualitative, environmental and/or social aspects linked to the subject-matter of the public contract in question*».

¹⁸⁵ Cfr. Contessa, 2010, par. 4.

particolarmente svantaggiate a cui appartengono i beneficiari/utilizzatori dei lavori, forniture e servizi oggetto dell'appalto».

Sulla base di queste previsioni, il legislatore italiano ha stabilito la legittimità del ricorso a criteri sociali per l'assegnazione degli appalti proprio nelle disposizioni di apertura del Codice degli Appalti: l'art. 2, c. 2, in particolare, dispone che, nelle fasi dell'appalto (e, in particolare, quella dell'affidamento), il principio di economicità «può essere subordinato, entro i limiti in cui sia espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice, ai criteri, previsti dal bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute e dell'ambiente e alla promozione dello sviluppo sostenibile»¹⁸⁶.

È evidente, allora, che se anche nulla prevedono l'art. 53, Dir. 2004/18/CE, e l'art. 83 del Codice degli Appalti riguardo all'utilizzo di "criteri sociali" per l'aggiudicazione degli appalti pubblici, niente impedisce alle amministrazioni appaltanti «di colmare la richiamata lacuna normativa in sede di concreta predisposizione del bando, contemplando espressamente nell'ambito della *lex specialis* di gara criteri di valutazione espressivi di specifiche esigenze di carattere sociale»¹⁸⁷.

Questa considerazione è avvalorata dal fatto che i considerando della Dir. 2004/17/CE e della Dir. 2004/18/CE sopra richiamati (e, di conseguenza, anche le disposizioni contenute nel Codice degli Appalti), sono da leggere alla luce di quanto sancito dai considerando n. 1 delle rispettive direttive, ove è sancito che le medesime direttive si basano «sulla giurisprudenza della Corte di Giustizia, in particolare sulla giurisprudenza relativa ai criteri di aggiudicazione, che chiarisce le possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di soddisfare le esigenze del pubblico interessato, tra l'altro in materia ambientale e sociale»¹⁸⁸. Ed è proprio sulla giurisprudenza della Corte di Giustizia che è opportuno soffermarsi¹⁸⁹. La Corte, infatti, nella sentenza 20 settembre 1988, C-

¹⁸⁶ Cfr. Cerbo, 2010, 26-27.

¹⁸⁷ Contessa, 2010, par. 4. Cfr. anche De Nictolis P., De Nictolis R., 2008, 2123 ss. Varva, 2011g, 357 e 358, sostiene che, nella prassi, «il confine tra requisito di ammissione alla selezione e condizione d'esecuzione rimane piuttosto mobile» e che «la distinzione tra requisiti di partecipazione, criteri selettivi e condizioni d'esecuzione non è priva di ambiguità ed incertezze».

¹⁸⁸ Cfr. Cassese, 2009, 375.

¹⁸⁹ La Commissione Europea, ha, nel corso del tempo, modificato la propria posizione circa la legittimità dei parametri di aggiudicazione degli appalti pubblici riguardanti criteri sociali. In un primo momento, infatti, nella COM(1996) 583 def. ("Gli appalti pubblici nell'Unione europea: spunti di riflessione per il futuro") la Commissione affermava che le disposizioni delle direttive anteriori alla Dir. 2004/17/CE ed alla Dir. 2004/18/CE non permettevano (per ciò che riguardava le pratiche di aggiudicazione degli appalti "sopra soglia") «di tener conto delle preoccupazioni di ordine sociale nel quadro della fase di verifica dell'ammissibilità degli offerenti o dei candidati, sulla base dei criteri di selezione relativi alla capacità economica,

31/1987, *Beentjes*, ha stabilito che l'impiego di lavoratori disoccupati stabili può costituire una "condizione supplementare", che può essere imposta dall'amministrazione aggiudicatrice, purché non produca effetti discriminatori e sia pubblicizzata¹⁹⁰.

La dottrina ha rilevato che dalla sentenza *Beentjes* non si possa dedurre in modo certo ed univoco la legittimità dell'utilizzo della clausola sociale come criterio di aggiudicazione: da un lato, infatti, la Corte di Giustizia ha affermato che la "condizione supplementare" presa in esame non ha alcun rapporto, «né con l'accertamento dell'idoneità degli imprenditori in base alla loro capacità economica, finanziaria e tecnica, né con i criteri di aggiudicazione dell'appalto»¹⁹¹. Dall'altro lato, però, si deve considerare che la Corte di Giustizia non ha specificato cosa dovesse intendersi per "condizione supplementare", ma, dal contesto, sembra potersi evincere che la clausola sociale rappresentasse un criterio per la scelta del contraente¹⁹².

Sulla liceità dell'uso delle clausole sociali come criteri per l'aggiudicazione degli appalti, tuttavia, la Corte di Giustizia si è espressa in modo più esplicito in occasioni successive: nella sentenza Cgce 26 settembre 2000, C-225/1998, *Commissione delle Comunità Europee c. Repubblica francese*, è stata giudicata legittima la presenza, all'interno di un bando pubblico di appalto, di una clausola che inseriva fra i parametri di aggiudicazione un criterio supplementare connesso alla lotta contro la

finanziaria o tecnica, né nella fase di aggiudicazione degli appalti sulla base dei criteri all'uopo previsti», che dovevano corrispondere alle qualità economiche inerenti alla prestazione oggetto dell'appalto (cfr. Calafà, 2000, 233; Varva, 2011g, 354). E, a poco tempo di distanza – COM(1998) 143 def. ("Gli appalti pubblici nell'Unione europea") – la Commissione ha affermato che «per prendere in considerazione il perseguimento di obiettivi sociali», le stazioni appaltanti hanno la possibilità d'«imporre [...] il rispetto degli obblighi a carattere sociale, volti, per esempio, a promuovere il lavoro femminile od a favorire la tutela di determinate categorie svantaggiate», ma solamente come condizione di realizzazione degli appalti aggiudicati (cfr. nuovamente Varva, 2011g, 355). Soltanto nella COM(2001) 566 def. ("Sul diritto comunitario degli appalti pubblici e le possibilità di integrare aspetti sociali negli appalti pubblici"), la Commissione ha manifestato un primo, timido, mutamento di indirizzo, affermando che i criteri che prendono in considerazione gli aspetti sociali «possono essere utilizzati ai fini dell'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa nei casi in cui essi comportino un vantaggio economico per l'amministrazione aggiudicatrice collegato al prodotto o servizio oggetto dell'appalto» (cfr., con maggior grado di dettaglio, Cerbo, 2011, 33).

¹⁹⁰ Sulla sentenza Cgce C-31/1987, cfr. (fra i molti) Calafà, 2000, 230; Lottini, 2002, 1950 ss.; Cerbo, 2010, 31; Varva, 2011g, 351.

¹⁹¹ Lottini, 2002, 1952.

¹⁹² Cerbo, 2010, 31, nt. 27, ricorda che «nella vicenda esaminata la società olandese *Beentjes* si doleva del «provvedimento dell'amministrazione aggiudicatrice con il quale, pur avendo presentato l'offerta più bassa, essa veniva esclusa dalla gara a vantaggio di un'impresa che aveva proposto il prezzo immediatamente superiore, «in quanto, fra l'altro, «essa non sembrava in grado di provvedere all'impiego di disoccupati stabili»».

disoccupazione¹⁹³. In particolare, secondo la Corte di Giustizia, i criteri di aggiudicazione degli appalti pubblici che non hanno natura economica possono essere legittimi, «perché anche fattori non meramente economici possono incidere sul valore di un'offerta aggiudicatrice»¹⁹⁴.

Ovviamente, la discrezionalità delle stazioni appaltanti nella definizione di parametri di aggiudicazione degli appalti pubblici, collegati a criteri sociali, non è assoluta: i criteri in questione devono essere riconducibili all'oggetto dell'appalto e devono soddisfare i requisiti essenziali di pubblicità, di parità di trattamento, di proporzionalità e di non discriminazione¹⁹⁵.

Proprio sul principio di non discriminazione è opportuno soffermarsi: in particolare, il rischio da scongiurare è che i criteri sociali si traducano «in pretestuose cause di discriminazione fra i vari offerenti, in particolare al fine di favorire occultamente concorrenti già stabiliti su un certo territorio»¹⁹⁶. Nei bandi degli appalti pubblici, infatti, è spesso previsto che le imprese debbano assorbire una percentuale di manodopera inoccupata, disoccupata o svantaggiata, residente sul territorio ove verrà eseguita l'opera pubblica (ovvero sarà gestito o affidato in concessione il servizio pubblico), al fine di avere migliori valutazioni della propria offerta in sede di aggiudicazione dell'appalto.

¹⁹³ Purché, anche in questo caso, tale clausola fosse stata adeguatamente pubblicizzata nel bando e non risultasse discriminatoria.

¹⁹⁴ Cfr. par. 55, sentenza Cgce 17 settembre 2002, C-513/1999, *Concordia Bus Finland Oy Ab* (ove i criteri assunti per la valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa erano relativi alla qualità ambientale dei beni offerti alla pubblica amministrazione). Analogamente, cfr. par. 33, sentenza Cgce 4 dicembre 2003 C-448/2001, *Wienstrom*, nonché par. 67, sentenza Trib. CE 25 febbraio 2003, T-4/2001, *Renco S.p.A.*; par. 51, sentenza Trib. CE 6 luglio 2005, T-148/2004, *TQ3 Travel Solutions Belgium SA*. Nella sentenza C-513/1999, la Corte di Giustizia ha rivisto profondamente la posizione che aveva assunto nel precedente caso Cgce 28 maggio 1995, C-324/1993, *Evans Medical Ltd* (ove il criterio di aggiudicazione individuato concerneva l'affidabilità e la continuità delle forniture alle pubbliche amministrazioni), in cui era stato affermato che «la scelta dell'offerta economicamente più vantaggiosa lascia alle amministrazioni aggiudicatrici la decisione sui criteri di attribuzione dell'appalto che intendono adottare, purché questa decisione verta unicamente su criteri rivolti a identificare l'offerta economicamente più vantaggiosa» (cfr. Cerbo, 2010, 32).

¹⁹⁵ Cfr. Lottini, 2002, 1953; Cerbo, 2010, 35, che richiamano (implicitamente) i contenuti dei considerando n. 1, Dir. 2004/17/CE e Dir. 2004/18/CE. Cfr. anche la determinazione AVCP, 24 novembre 2011, n. 7. Si ricorda che l'art. 283, c. 1, d.P.R. n. 207/2010, stabilisce che «al fine della determinazione dei criteri di valutazione, le stazioni appaltanti hanno la facoltà di concludere protocolli di intesa o protocolli di intenti con soggetti pubblici con competenze in materia di ambiente, salute, sicurezza, previdenza, ordine pubblico nonché con le organizzazioni sindacali e imprenditoriali, al fine di attuare nella loro concreta attività di committenza il principio» di cui all'art. 2, c. 2, del Codice degli Appalti.

¹⁹⁶ Cerbo, 2010, 40.

Ma la Corte di Giustizia, in più occasioni, ha avuto modo di stabilire che siffatte disposizioni, contenute nella *lex specialis* della gara, possono non essere legittime, in quanto i requisiti richiesti, sebbene apparentemente neutri, possono avere l'effetto di favorire le imprese stabilite in quel determinato territorio¹⁹⁷. In altri termini, disposizioni come quelle ora descritte sono state spesso considerate illegittime perché discriminatorie *loci ratione*: l'illegittimità dell'utilizzo di criteri che favoriscano, nella fase di aggiudicazione dell'appalto, le imprese locali, emerge sia dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia appena ricordata, sia dalla giurisprudenza nazionale¹⁹⁸, come testimoniano alcune sentenze della Corte Costituzionale¹⁹⁹ e dei giudici amministrativi²⁰⁰ (e, *last but not least*, alcune determinazioni dell'AVCP²⁰¹)²⁰².

4.1. La riserva a favore dei "laboratori protetti"

La possibilità di utilizzare criteri sociali nella fase di aggiudicazione degli appalti non è l'unica strada che le stazioni appaltanti hanno di promuovere *standards* di occupazione socialmente avanzati.

Nell'impianto delle direttive europee sugli appalti pubblici, è stata contemplata la possibilità, per gli Stati membri, di «riservare la partecipazione alle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici» a laboratori protetti o di «riservarne l'esecuzione nel contesto di programmi

¹⁹⁷ Cfr. par. 30, Cgce 20 settembre 1988, *Beentjes*, secondo cui «la condizione relativa all'impiego di disoccupati stabili potrebbe, in particolare, violare il divieto di discriminazione fondata sulla nazionalità [...] qualora risultasse che una condizione del genere può essere soddisfatta soltanto dagli offerenti dello Stato in questione o può essere più difficilmente soddisfatta da offerenti di altri Stati membri. Spetta al giudice nazionale accertare, tenuto conto di tutte le circostanze del caso di specie, se l'imposizione di una siffatta condizione abbia o meno, direttamente o indirettamente, effetti discriminatori». Queste affermazioni sono state ribadite nella successiva giurisprudenza della Corte di Giustizia, che, nella pronuncia 20 marzo 1990, C-360/1989, *Commissione delle Comunità Europee c. Repubblica italiana*, ha stabilito che una disposizione (di legge: nello specifico l'art. 2, n. 1, l. 17 febbraio 1987, n. 80) che «riservi una parte dei lavori ai subappaltatori stabiliti nella regione in cui i lavori devono essere eseguiti integra una discriminazione nei confronti delle imprese stabilite negli altri Stati membri». Infatti, benché questa disposizione escludesse «da una quota dei lavori anche le imprese stabilite in Italia ed aventi sede al di fuori della regione interessata», ciò non toglie che tutti i subappaltatori che ne risultavano favoriti erano «imprese italiane» e questo rappresentava un'illegittima restrizione al principio della libera prestazione dei servizi. Cfr. anche la sentenza Cgce 22 giugno 1993, C-243/1989, *Commissione delle Comunità Europee c. Regno di Danimarca* (in particolare, par. 4 e 45).

¹⁹⁸ Cfr. ampiamente Varva, 2011g, 364.

¹⁹⁹ Cfr. Corte Cost. 26 giugno 2001, n. 207 (in *Le Regioni*, 2002, 124) e 22 dicembre 2006, n. 440 (in *Giur. Cost.*, 2006, 4465).

²⁰⁰ Cfr. Cons. Stato 14 settembre 2006, n. 440.

²⁰¹ Cfr. comunicato AVCP, 20 ottobre 2010 (e, lì, ampi riferimenti a precedenti determinazioni della stessa AVCP), su cui Beccaria, 2011, 45 ss.

²⁰² Per interessanti considerazioni sui "miti del localismo", cfr. Guariso, 2012, 657 ss.

di lavoro protetti», con una limitazione diretta del campo della concorrenza, attraverso la restrizione del novero dei possibili partecipanti alla gara²⁰³.

La fattispecie della riserva degli appalti a favore dei laboratori protetti, ontologicamente differente rispetto a quella delle clausole che valorizzano gli aspetti sociali dell'appalto nella fase di aggiudicazione²⁰⁴, è disciplinata nell'ordinamento nazionale dall'art. 52 del Codice degli Appalti. In particolare, questa disposizione prevede che, «fatte salve le norme vigenti sulle cooperative sociali e sulle imprese sociali, le stazioni appaltanti possono riservare la partecipazione alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, in relazione a singoli appalti, o in considerazione dell'oggetto di determinati appalti, a laboratori protetti nel rispetto della normativa vigente, o riservarne l'esecuzione nel contesto di programmi di lavoro protetti quando la maggioranza dei lavoratori interessati è composta di disabili i quali, in ragione della natura o della gravità del loro handicap, non possono esercitare un'attività professionale in condizioni normali»²⁰⁵.

L'art. 52 del Codice degli Appalti pone un evidente problema di coordinamento fra la disciplina italiana e quella europea: la nozione di "laboratorio protetto", infatti, non trova precise corrispondenze all'interno dell'ordinamento italiano. La migliore *proxy* possibile del concetto di "laboratorio protetto", nel diritto interno, è rappresentata dalla nozione di "cooperativa sociale"²⁰⁶: le due nozioni, però, non sono perfettamente sovrapponibili.

²⁰³ Cfr. art. 28, Dir. 2004/17/CE, e art. 19, Dir. 2004/18/CE. Al fine di potersi avvalere della disposizione, le stazioni appaltanti devono rendere nota la propria intenzione dandone indicazione nel bando di gara.

²⁰⁴ Cfr. Cerbo, 2010, 37-38. Sembra esservi, invece, sovrapposizione fra le due fattispecie in Battistini, 2011, 674.

²⁰⁵ Pesce, 2010, 341, rileva che nei «*sheltered workshops/imprese protette*, i dipendenti sono disabili»; nei «*sheltered employment programmes/programmi d'impiego*, invece, i lavoratori sono assunti come parte delle forze di lavoro generale». Devono essere considerati soggetti disabili i «portatori di handicap, i quali a causa della natura o della gravità della menomazione non possono esercitare un'attività professionale in condizioni normali di lavoro e ai quali è offerta la sicurezza connessa a un contratto di lavoro o di apprendistato per la riqualificazione professionale»: cfr. Relazione della Commissione giuridica e per il mercato interno del 29 ottobre 2001 sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, di servizi e di lavori - COM(2000) 275 - C5-0367/2000 - 2000/0115(COD).

²⁰⁶ Cfr. Varva, 2011f, 379. Più lontana dalla nozione di "laboratorio protetto", invece, appare la nozione di "impresa sociale": può essere qualificata come impresa sociale, ogni organizzazione privata che, ai sensi dell'art. 1, d.lgs. 24 marzo 2006, n. 155, esercita «in via stabile e principale un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello

Da un lato, infatti, per essere qualificato come "laboratorio protetto", un ente deve «a) essere un soggetto giuridico, costituito nel rispetto della vigente normativa, che eserciti in via stabile e principale un'attività economica organizzata; b) prevedere nei documenti sociali, tra le finalità dell'ente, quella dell'inserimento lavorativo delle persone disabili; c) avere nel proprio ambito una maggioranza di lavoratori disabili che, in ragione della natura o della gravità del loro handicap, non possono esercitare un'attività professionale in condizioni normali»²⁰⁷.

Dall'altro lato, invece, le cooperative sociali sono società contraddistinte dallo scopo mutualistico di fornire ai soci occasioni di lavoro a condizioni più vantaggiose di quelle che otterrebbero dal mercato (relazione ministeriale al Codice Civile, n. 1025) ed hanno lo scopo di «perseguire l'interesse generale della comunità alla promozione umana e all'integrazione sociale dei cittadini attraverso: a) la gestione di servizi socio-sanitari ed educativi; b) lo svolgimento di attività diverse - agricole, industriali, commerciali o di servizi - finalizzate all'inserimento lavorativo di persone svantaggiate»²⁰⁸.

È evidente che le cooperative sociali che possono fungere da *proxy* alla nozione di "laboratorio protetto" sono quelle "di tipo b)": soltanto queste ultime, infatti, sono caratterizzate dallo scopo dell'inserimento lavorativo di persone svantaggiate. Tuttavia, fra la disciplina dei "laboratori protetti" e quella delle cooperative sociali "di tipo b)" vi è una rilevante differenza per quanto riguarda proprio i destinatari della disciplina²⁰⁹: nella prima, è fatto riferimento esclusivamente ai soggetti con disabilità; nella seconda (art. 4, c. 1, l. n. 381/1991), invece, il legislatore ha richiamato, più in generale, le "persone svantaggiate", ovvero «gli invalidi fisici, psichici e sensoriali, gli *ex* degenti d'istituti psichiatrici, i soggetti in trattamento psichiatrico, i tossicodipendenti, gli alcolisti, i minori in età lavorativa in situazioni di difficoltà familiare, i condannati ammessi alle misure alternative alla detenzione»²¹⁰.

Dunque, il beneficio che il legislatore europeo ha accordato ai "laboratori protetti" non può essere "traslato" *ex se* a favore delle

scambio di beni o servizi di utilità sociale, diretta a realizzare finalità d'interesse generale».

Sulla nozione di "impresa sociale", cfr. Fuccillo, 2007, 296 ss.

²⁰⁷ Determinazione AVCP, 23 gennaio 2008, n. 2.

²⁰⁸ Art. 1, l. 8 novembre 1991, n. 381.

²⁰⁹ Varva, 2011b, 380.

²¹⁰ Devono considerarsi inoltre, come persone svantaggiate, «i soggetti indicati con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro del lavoro e della previdenza sociale, di concerto con il Ministro della sanità, con il Ministro dell'interno e con il Ministro per gli affari sociali, sentita la commissione centrale per le cooperative».

cooperative sociali "di tipo b)"²¹¹, a causa della differente platea di lavoratori cui si riferisce l'art. 52 del Codice degli Appalti rispetto a quella di cui all'art. 4, c. 1, l. n. 381/1991²¹², e a causa del fatto che, secondo quanto previsto dall'art. 4, c. 2, l. n. 381/1991, le persone svantaggiate, all'interno di una cooperativa sociale, devono costituire almeno il trenta per cento dei lavoratori, mentre nei "laboratori protetti" la percentuale di lavoratori disabili impiegati deve essere pari almeno alla metà della forza lavoro²¹³.

²¹¹ A maggior ragione, il beneficio non può essere "traslato" a favore delle cooperative sociali "di tipo a)": per riferimenti giurisprudenziali in merito, cfr. Varva, 2011b, 382. In questa sede non ci sofferma sull'art. 5, l. n. 381/1991, ove è disposto (al comma 1) che «gli enti pubblici, compresi quelli economici, e le società di capitali a partecipazione pubblica, anche in deroga alla disciplina in materia di contratti della pubblica amministrazione, possono stipulare convenzioni con le cooperative che svolgono le attività di cui all'art. 1, c. 1, lett. b, ovvero con analoghi organismi aventi sede negli altri Stati membri della Comunità europea, per la fornitura di beni e servizi diversi da quelli socio-sanitari ed educativi il cui importo stimato al netto dell'I.V.A. sia inferiore agli importi stabiliti dalle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici, purché tali convenzioni siano finalizzate a creare opportunità di lavoro per le persone svantaggiate di cui all'art. 4, c. 1», l. n. 381/1991. Su questa disposizione, si segnala la recente sentenza Cons. Stato 29 aprile 2013, n. 2342 (su cui Dello Sbarba, 2013, 929 ss.).

²¹² Ampiamente, sul punto, cfr. Bartoli, Ranieri, Scialdone, 2008.

²¹³ In senso contrario, cfr. Leone, 2013, 776-777. L'Autrice evidenzia che, all'art. 52 del Codice degli Appalti «fra la parte relativa ai laboratori protetti e quella relativa ai programmi di lavoro protetti, con connesso riferimento numerico, c'è la disgiuntiva "o" preceduta da una virgola, che sembra ancorare l'inciso (riferito all'impiego di una maggioranza di lavoratori disabili: n.d.r.) alla sola seconda parte della norma» (e, quindi, ai programmi di lavoro protetti). Se tale interpretazione letterale della norma non viene accolta, si ingenera il conflitto fra norme descritte nel testo, poiché «la cooperativa sociale che volesse essere qualificata come laboratorio protetto dovrebbe, infatti, avere alle proprie dipendenze una percentuale ben maggiore di disabili (50% + 1) di quella fissata in generale dalla l. n. 381/1991 (cioè il 30%) per tutte le categorie di lavoratori svantaggiati». Accogliendo, invece, la tesi che "ancora" ai programmi di lavoro protetto il riferimento che l'art. 52 del Codice degli Appalti fa alla maggioranza di soggetti disabili fra i lavoratori coinvolti nell'appalto, è possibile affermare che i laboratori protetti non soltanto non devono presentare una percentuale di lavoratori disabili superiore rispetto a quella stabilita dalla l. n. 381/1991 per le cooperative sociali, ma anche che «la stessa espressione "disabili" non vincola i suddetti lavoratori che, di conseguenza, non incontrerebbero alcuna limitazione di ordine soggettivo e potrebbero, invero, soddisfare esigenze di inserimento nel mercato anche di altre categorie svantaggiate». In merito, si segnala che i problemi relativi al profilo "soggettivo" delle imprese coinvolte in un appalto pubblico verrebbero superati in caso di approvazione delle nuove proposte di direttiva sugli appalti pubblici, ove è previsto che gli Stati membri possano riservare il diritto di partecipazione alle procedure di appalto a laboratori protetti e ad operatori economici il cui scopo principale sia l'integrazione sociale e professionale dei lavoratori con disabilità e lavoratori svantaggiati o riservarne l'esecuzione nel contesto di programmi di lavoro protetti, quando oltre il 30% dei lavoratori dei suddetti laboratori, operatori economici o programmi sia composto da persone con disabilità o da lavoratori svantaggiati: cfr. art. 31, COM(2011) 895 def.; art. 17, COM(2011) 896 def.; art. 20, COM(2011) 897 def.

Peraltro, non è soltanto la nozione di "laboratorio protetto" a suscitare rilevanti interrogativi: interrogativi ne pone anche la nozione di "programma di lavoro protetto". In particolare, si può rilevare che, in questi programmi, possono essere coinvolti soggetti giuridici anche privi dei requisiti necessari per essere riconosciuti come "laboratori protetti" purché ricorrano, nell'esecuzione dello specifico appalto oggetto di bando di gara, all'impiego di lavoratori disabili in misura superiore al cinquanta per cento degli occupati. In questa nozione di "programma di lavoro protetto", perciò, potrebbero figurare anche forme di *partnership* "privato-privato sociale" (cioè fra imprese, anche *for profit*, ed imprese e cooperative sociali), oggi non definite nel nostro ordinamento²¹⁴.

Pur senza indugiare oltre sui problemi che pone l'art. 52 del Codice degli Appalti nel recepire gli artt. 28, Dir. 2004/17/CE, e 19, Dir. 2004/18/CE, ciò che è importante sottolineare in questa sede è il fatto che «il perseguimento di un obiettivo di tipo sociale attraverso lo strumento dell'appalto pubblico avviene [...] attraverso la creazione di una riserva di partecipazione operante sia sotto il profilo soggettivo (laboratori protetti) che oggettivo (programmi protetti), in entrambi i casi caratterizzata dall'impiego maggioritario di disabili»²¹⁵. Il dato rilevante, ai fini della nostra analisi, dunque, è che sia le direttive europee, sia l'art. 52 del Codice degli Appalti consentono una deroga ai principi della concorrenza all'interno della disciplina degli appalti pubblici, consistente nella creazione di un "mercato riservato", nel quale, comunque, deve essere garantita una competizione concorrenziale fra i vari soggetti che su quel mercato ristretto operano²¹⁶.

In altre parole, nel caso degli appalti riservati ai laboratori protetti ovvero nel contesto di programmi di lavoro protetti, il meccanismo concorrenziale, per quanto ristretto, è preservato: ed è proprio il fatto che vi sia comunque una gara riservata, non collegata ad alcun affidamento diretto ed improntata ad una logica concorrenziale, che permette di ritenere compatibile la disciplina dall'art. 52 del Codice degli Appalti con il diritto europeo della concorrenza²¹⁷.

²¹⁴ Cfr. Bartoli, Ranieri, Scialdone, 2008.

²¹⁵ Determinazione AVCP n. 2/2008.

²¹⁶ Cfr. Ventura, 2011, 533.

²¹⁷ La garanzia dei meccanismi concorrenziali non pare essere assicurata dal disposto dell'art. 5, l. n. 381/1991, in cui è stabilita «la possibilità di affidare alle cooperative sociali "di tipo b)" per chiamata diretta o convenzione, la fornitura di beni e servizi differenti da quelli socio-sanitari ed educativi, d'importo inferiore alla soglia comunitaria» (sull'identificazione dei beni e dei servizi che possono essere appaltati tramite convenzione, cfr. Agostini, 2010, 20). Questa disposizione consente l'affidamento diretto alle cooperative sociali e per questo, in dottrina, ci si è interrogati sulla legittimità di una previsione che permette una deroga ai meccanismi concorrenziali (sebbene applicabile solamente negli

5. Riflessioni conclusive sulla primazia delle logiche concorrenziali sui diritti sociali dei lavoratori nella disciplina degli appalti pubblici. Spunti critici

Giunti alla conclusione dell'indagine, possiamo tentare di dare una risposta all'interrogativo da cui eravamo partiti, affermando che, alle disposizioni di finalizzazione sociale ed alle c.d. clausole sociali "in senso proprio", il legislatore europeo e quello nazionale conferiscono un rilievo nient'affatto secondario nell'impianto della disciplina degli appalti pubblici.

Tuttavia, quando si va a verificare, nel concreto, fino a che punto le "disposizioni sociali" possano spingersi a tutelare il lavoro dipendente, comprimendo la possibilità per le imprese di competere sul terreno delle condizioni di lavoro e di occupazione, ci si scontra con il fatto che gli obiettivi principali della disciplina europea (sia quella vigente, sia quella in via di approvazione) e di quella nazionale degli appalti restano pur sempre quelli della garanzia di una concorrenza effettiva fra le imprese e della maggiore apertura possibile del mercato degli appalti e delle concessioni pubbliche.

Diviene allora evidente, come ha rilevato la dottrina, che le "disposizioni sociali" aprono soltanto una breccia nell'impianto della normativa sugli appalti pubblici, finalizzata principalmente alla tutela della concorrenza e delle altre libertà economiche sancite dal Tfe²¹⁸: si tratta di un varco significativo dunque, ma pur sempre di un varco. Ed il fatto che i margini di manovra per garantire la promozione ed il raggiungimento di obiettivi sociali negli appalti pubblici, in un quadro

appalti "sotto soglia"): cfr. Ventura, 2011, 533. In proposito, però, cfr. il Tar Lazio 26 aprile 2012, n. 3767, in cui è stata definita la portata dell'art. 5, l. n. 381/1981: il rinvio allo strumento della convenzione previsto in questa disposizione, finalizzato ad assicurare l'avviamento al lavoro di persone svantaggiate, «non può consentire una completa deroga al generale obbligo di confronto concorrenziale in caso di utilizzo di risorse pubbliche per l'individuazione di un soggetto privato cui affidare lo svolgimento di servizi pubblici, per cui occorre il ricorso ad un confronto nel rispetto dei principi generali della trasparenza e della *par condicio*». Sulla base di questo insegnamento, una parte della dottrina (ric conducendosi a quanto stabilito dalla determinazione AVCP, 1° agosto 2012, n. 3) ha affermato che, una volta che la stazione appaltante abbia individuato quali esigenze di forniture e servizi possano essere garantite per mezzo di convenzioni con le cooperative sociali di tipo b) ed abbia reso nota la propria volontà di procedere in tal senso, nel caso in cui vi sia una pluralità di cooperative interessate alla stipulazione della una convenzione, la stazione appaltante dovrà esperire una procedura competitiva fra le cooperative interessate (cfr. Agostini, 2013, 13). Resta fermo che «mentre la scelta del contraente può avvenire anche in deroga alla disciplina del Codice dei contratti e del Regolamento, la fase dell'esecuzione delle prestazioni oggetto di convenzione resta sottoposta a tutte le norme non espressamente derogate e, in particolare, alle disposizioni che regolano gli appalti di servizi e forniture sotto soglia» (determinazione AVCP n. 3/2012).

²¹⁸ Cfr. Cerbo, 2011, 31.

improntato alla garanzia ed allo sviluppo della concorrenza, siano ristretti, emerge con ancora maggiore evidenza dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia che, nelle più recenti sentenze in cui ha deciso su fattispecie riguardanti gli appalti pubblici²¹⁹, ha stabilito una sostanziale primazia delle logiche della concorrenza sui diritti sociali²²⁰.

La libertà economica, infatti, è stata assunta dalla Corte di Giustizia «come lo scopo fondamentale e preminente che deve guidare il sindacato di legittimità» delle normative lavoristiche nazionali: queste ultime possono essere considerate legittime, ai sensi dell'art. 56 Tfeue, soltanto nel caso in cui non rappresentino un ostacolo alla libertà di

²¹⁹ Il riferimento è alle già citate sentenze Cgce C-460/2002, Cgce C-386/2003, Cgue C-271/2008, e, soprattutto, alle sentenze Cgce C-341/2005 e Cgce C-346/2006.

²²⁰ Peraltro, secondo una parte della dottrina, la primazia della tutela della concorrenza emergerebbe anche dall'analisi della giurisprudenza della Corte Costituzionale. La Corte Costituzionale, nella sentenza n. 52/2012 (citata in nt. 41), ha ritenuto che l'art. 2, cc. 4 e 5, l. reg. Marche 4 aprile 2011, n. 4 (anche nel testo novellato dalla successiva l. reg. Marche 31 ottobre 2011, n. 20), violasse l'art. 117, c. 2, lett. e, Cost., in materia di tutela della concorrenza. Le disposizioni regionali ricordate individuavano negli «elementi di valutazione connessi con la tutela della salute e della sicurezza nel cantiere» un criterio di ammissibilità delle offerte, laddove, invece, gli artt. 86, c. 3 *bis*, e 87, c. 4, del Codice degli Appalti, stabiliscono che il costo relativo alla sicurezza debba soltanto risultare «congruo rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi o delle forniture», essendo un semplice criterio di valutazione delle (eventuali) anomalie delle offerte. In particolare, la Corte ha stabilito che l'art. 2, cc. 4 e 5, l. reg. Marche n. 4/2011 (ove era stabilito che gli atti posti a base della procedura contrattuale dovessero prevedere «una soglia minima di ammissibilità delle offerte relativamente all'elemento o agli elementi di valutazione connessi con la tutela della salute e della sicurezza nel cantiere» e che a tale soglia minima, comunque, non potesse essere assegnato un punteggio «superiore al 20 per cento del punteggio massimo attribuito all'elemento o agli elementi di valutazione») entrasse in contrasto con l'art. 4, c. 3, del Codice degli Appalti, dove è fatto divieto alle Regioni di dettare nelle materie della qualificazione e selezione dei concorrenti e dei criteri di aggiudicazione, una disciplina differente da quella statale: questo contrasto fra disciplina regionale e nazionale avrebbe rappresentato una violazione della competenza esclusiva del legislatore nazionale in materia di tutela della concorrenza. Da questa sentenza, che riguarda il problema del riparto delle competenze fra Stato e Regioni in materia di appalti pubblici, forse è eccessivo trarre indicazioni circa l'adozione, da parte della Corte Costituzionale, di un approccio alla materia degli appalti pubblici improntato alla massima apertura del mercato, anche se a scapito dei diritti sociali dei lavoratori. Una parte della dottrina, però, ha rilevato che in tema di «qualificazione e selezione dei concorrenti» non sia stata disconosciuta la concorrente competenza delle Regioni nell'ambito della salute o della sicurezza nei cantieri, ma si sia postulato che la valorizzazione delle misure di protezione dei lavoratori possa avere effetti recessivi rispetto alla tutela della concorrenza: «tale aprioristica graduazione di beni costituzionali appare poco convincente, soprattutto perché solo in apparenza assume rilievo esclusivamente sul piano del riparto della competenza legislativa. In realtà essa dissimula una preminenza sostanziale, idonea a cagionare l'illegittimità costituzionale non tanto perché risulti violato un ambito di competenza, ma in ragione di una preformata gerarchia assiologica in cui la concorrenza si considera poizore rispetto ad altri beni, pur costituzionalmente rilevanti» (Principato, 2012, 728 ss.).

stabilimento ed alla libera circolazione dei servizi e risultino necessarie, adeguate e proporzionali rispetto ai fini perseguiti di tutela dei lavoratori²²¹. Addirittura, la Corte, nei casi in cui alla fattispecie dell'appalto era connessa quella del distacco transnazionale dei lavoratori, ha interpretato in chiave "minimalista" (nel senso chiarito sopra al par. 3.2.1) l'art. 3, par. 7²²², e l'art. 3, par. 10, Dir. 1996/71/CE²²³, con il risultato di legittimare una sorta di "concorrenza fra ordinamenti giuridici"²²⁴. Ed il raffronto competitivo fra ordinamenti, improntato alla lettura "minimalista" delle normative poste a tutela dei lavoratori, ha come conseguenza quella che è stata definita "costituzionalizzazione" del *dumping* sociale²²⁵.

Tale "costituzionalizzazione", tuttavia, è contraria non soltanto agli scopi di tutela dei lavoratori distaccati, pure enunciati dalla Dir. 1996/71/CE²²⁶, ma anche alla finalità di orientare gli appalti pubblici verso obiettivi sociali (fra cui spiccano, come abbiamo avuto modo di vedere, quelli di protezione dei lavoratori impiegati in tali appalti), enunciata nelle vigenti Dir. 2004/17/CE e Dir. 2004/18/CE ed affermata, con ancora maggior forza, nelle nuove proposte di direttiva sugli appalti. E, addirittura, l'istituzionalizzazione del *dumping* entra direttamente in rotta di collisione con gli obiettivi perseguiti sia dalla Dir. 1996/71/CE²²⁷ e dalle Dir. 2004/17/CE e Dir. 2004/18/CE, relativi allo sviluppo, nel mercato europeo, di una *fair competition* fra le imprese.

²²¹ Cfr. e cit. Bano, 2009, 131.

²²² Nel senso che uno Stato membro non può subordinare l'effettuazione di una prestazione di servizi sul suo territorio al rispetto di condizioni di lavoro e di occupazione che siano più gravose della soglia di protezione minima dei lavoratori, perché altrimenti sarebbero sfavoriti i prestatori di servizi stabili in altri Stati, ove la normativa lavoristica sia meno rigorosa di quella dello Stato ospite: cfr. Ballestrero, 2008, 387 ss. (*retro*, nt. 126).

²²³ Nel senso che il concetto di "ordine pubblico" (che può legittimare uno Stato membro ad imporre in pari misura alle imprese nazionali ed a quelle di altri Stati condizioni di lavoro e di occupazione anche se eccedenti il livello minimo di tutela) non può essere inteso come "ordine sociale nazionale", ma deve interpretarsi alla stregua di "ordine pubblico internazionale": cfr. Giubboni, Orlandini, 2007, 120 (*retro*, nt. 132).

²²⁴ Cfr. Pallini, 2008, 9, il quale illustra il *favor* della Corte di giustizia per l'instaurazione di un rapporto competitivo fra gli ordinamenti degli Stati membri, che ha trovato un primo ambito di applicazione nell'ambito del diritto societario (cfr. il *leading case* Cgce 9 marzo 1999, C-212/1997, *Centros Ltd*) e che si è poi diffuso anche in campo lavoristico.

²²⁵ Il termine è preso a prestito da Rodríguez-Piñero Y Bravo-Ferrer, 2008. Concetti equivalenti sono espressi da Carabelli, 2011b, 225.

²²⁶ Cfr., recentemente, Zilio Grandi, 2011, 50 ss.

²²⁷ Considerando n. 5, Dir. 1996/71/CE (secondo cui lo «sviluppo della prestazione transnazionale di servizi esige un clima di leale concorrenza e misure che garantiscano il rispetto dei diritti dei lavoratori»), su cui Balandi, 1998, 116 ss.

Pertanto, la "costituzionalizzazione" del *dumping* sociale rappresenta solamente un discutibile esito e, non già, un approdo inevitabile dell'attività decisoria della Corte di Giustizia.

Da un lato, si arriva a tale discutibile esito perché, com'è stato rilevato dalla dottrina, la costruzione di un mercato interno egemonizzato dal valore di una libera circolazione dei servizi, sottratta al principio di territorialità nell'applicazione delle normative di tutela dei lavoratori, fa del principio della parità di trattamento una vera e propria "vittima"²²⁸. La libertà di prestare servizi transfrontalieri nel mercato interno, infatti, deve essere «rafforzata assicurando che i fornitori nazionali ed esteri siano confrontati a condizioni economiche e di mercato del lavoro analoghe a quelle del luogo di prestazione dei servizi»: «nel quadro della libertà di prestazione di servizi o di stabilimento, la cittadinanza del datore di lavoro, dei dipendenti o dei lavoratori distaccati non può giustificare ineguaglianze nelle condizioni normative, retributive o nell'esercizio dei diritti fondamentali»²²⁹.

Dall'altro lato, la "costituzionalizzazione" del *dumping* sociale rappresenta un approdo non inevitabile, dal momento che l'interpretazione in chiave "minimalista" dell'art. 3, par. 7, e (soprattutto) dell'art. 3, par. 10, Dir. 1996/71/CE (il presupposto su cui si fonda la possibilità del "raffronto competitivo" fra gli ordinamenti giuridici europei) adottata dalla Corte di Giustizia non è l'unica possibile, ed è suscettibile di fondate critiche. Infatti, come ha sottolineato una parte della dottrina, nonostante la considerazione che «il metro di valutazione delle "disposizioni di ordine pubblico" debba esser comune a tutti gli Stati membri, la differenza delle scelte sociali operate da questi può ben giustificare – utilizzando lo stesso metro valutativo – una applicazione differenziata di norme e contratti nazionali dello Stato ospitante ai lavoratori distaccati anche per materie ulteriori a quelle indicate» nell'elencazione contemplata all'art. 3, par. 1, Dir. 1996/71/CE: elencazione che «è troppo ridotta per assolvere di per sé alla funzione di preservazione dell'ordine pubblico che ogni Stato membro ha inteso edificare»²³⁰.

Si può allora mettere in evidenza il fatto che è stata la stessa Corte di Giustizia ad affermare con forza l'esigenza di scongiurare le pratiche di *dumping* sociale: la Corte ha stabilito, infatti, che «la protezione dei lavoratori dello Stato ospitante contro un'eventuale pratica di *dumping* sociale può costituire una ragione imperativa d'interesse

²²⁸ Cfr. Lo Faro, 2010, 66 ss.

²²⁹ Risoluzione del Parlamento europeo 22 ottobre 2008, n. 2008/2085 (INI).

²³⁰ Cfr. e cit. Pallini, 2009, 204 ss.

generale, ai sensi della giurisprudenza della Corte, tale da giustificare, in linea di principio, una restrizione a una delle libertà fondamentali garantite dal Trattato»²³¹, dal momento che lo scopo di «prevenire una concorrenza sleale da parte delle imprese che retribuiscono i loro dipendenti a un livello inferiore rispetto a quello corrispondente al salario minimo [...] può essere preso in considerazione quale esigenza imperativa atta a giustificare una restrizione della libera prestazione dei servizi»²³².

Non si può, tuttavia, omettere di rilevare che a queste affermazioni, che avrebbero dovuto conferire alla necessità degli Stati «di difendere i propri sistemi di protezione sociale e di tutela del lavoro dal *dumping* sociale, cioè della concorrenza attuata dalle imprese straniere grazie al più basso costo del lavoro del quale beneficiano nei Paesi di stabilimento», la dignità di principio regolatore del mercato, non siano mai seguite coerenti valutazioni da parte della medesima Corte di Giustizia, quando è stata chiamata a giudicare «i limiti di "estensione" del sistema lavoristico nazionale ad imprese di servizi stranieri»²³³. La Corte, infatti, non ha mai chiarito in che misura e fino a che punto le misure di protezione dal *dumping* siano compatibili con gli equilibri del mercato interno²³⁴: anzi, nelle sentenze che abbiamo avuto occasione di prendere in considerazione nel corso di questa indagine, le ragioni della libertà di concorrenza hanno sempre finito per prevalere sulle istanze di tutela dei lavoratori e dei diritti sociali di questi.

Era inevitabile, dunque, che dal legislatore europeo ci si aspettasse, nelle proposte di riforma delle direttive sugli appalti e sul distacco transnazionale, maggiore sensibilità al tema dei diritti sociali dei lavoratori, sacrificati, nelle sentenze della Corte di Giustizia, sull'altare delle esigenze di apertura dei mercati nazionali alla concorrenza.

I risultati, tuttavia, non sembrano all'altezza delle aspettative. Da un lato, si può rilevare che, nella recente proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio concernente l'applicazione della Dir. 1996/71/CE relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi, COM(2012) 131 def., viene perseguito lo scopo di reprimere il fenomeno (che ben interessa il sistema degli appalti pubblici) delle cosiddette "*letter box company*", ossia di quelle società create dall'imprenditore di uno Stato membro che «sposta la propria sede in altro Stato (o vi impianta un'impresa controllata subfornitrice)» ed

²³¹ Par. 103, sentenza Cgce C-341/2005 (ma, già in precedenza, par. 77, Cgce 11 dicembre 2007, C-438/2005, *International Transport Workers' Federation, Finnish Seamen's Union / Viking Line ABP, OÜ Viking Line Eesti*).

²³² Par. 41, Cgce 12 ottobre 2004, C-60/2003, *Wolff & Müller GmbH & Co. KG*.

²³³ Orlandini, 2008, 43.

²³⁴ Orlandini, 2008, 42.

«applica ai dipendenti assunti *in loco* il relativo trattamento, salvo poi utilizzare il medesimo personale in regime di distacco nello Stato di originaria sede, senza dover estendere al medesimo il relativo maggior trattamento normativo ed economico»²³⁵. A tale fine, nella proposta di direttiva, sono stati indicati alcuni accorgimenti (che si sostanziano nell'individuazione di una serie di "elementi di fatto") tesi ad appurare l'effettiva presenza dell'impresa distaccante nel territorio di stabilimento²³⁶.

In sostanza, questa proposta di direttiva ha come obiettivo quello di scongiurare (o, quanto meno, arginare) il fenomeno del *dumping* sociale²³⁷. Tuttavia, si deve registrare che, a fronte degli scopi perseguiti e degli strumenti messi in campo, la direttiva non affronta il problema dei limiti che la salvaguardia dei diritti sociali dei lavoratori possono porre ad una prestazione di servizi (seppur legittima) all'interno dell'Unione europea: problema, che può riproporsi «negli stessi termini in cui si è posto fino ad oggi e quindi l'eventuale applicazione delle condizioni di lavoro previste nel paese di esecuzione del distacco andrebbe valutata alla luce del principio di proporzionalità, e resterebbe verosimilmente esclusa la possibilità di applicare integralmente la normativa del paese ospitante»²³⁸.

Dall'altro lato, si può rilevare che nuove proposte di direttiva europea sugli appalti e sulle concessioni pubbliche, il rispetto degli obblighi discendenti dalla Convenzione OIL n. 94/1949 (l'unica convenzione internazionale che al contempo garantisce, nell'ambito degli appalti pubblici, i diritti sociali dei lavoratori impiegati dalle imprese appaltanti ed una *fair competition* fra le imprese, non giocata sul costo

²³⁵ Allamprese, Orlandini, 2012, 5.

²³⁶ Quali, ai sensi dell'art. 3, c. 1, lett. a-e, «il luogo in cui l'impresa ha la propria sede legale e amministrativa, utilizza uffici, paga imposte, è iscritta in un albo professionale o è registrata presso la camera di commercio; il luogo in cui i lavoratori distaccati sono assunti; la legge applicabile ai contratti stipulati dall'impresa con i suoi lavoratori e con i suoi clienti; il luogo in cui l'impresa esercita la propria attività economica principale e in cui è occupato il suo personale amministrativo; il numero anormalmente basso di contratti eseguiti e/o l'ammontare del fatturato realizzato nello Stato membro di stabilimento».

²³⁷ Il problema (come hanno rilevato Allamprese, Orlandini, 2012, 6) risiede nel fatto che «la proposta nulla dice sulle conseguenze dell'accertamento del fatto che l'impresa non esercita "attività sostanziali" o la "propria attività economica principale" nello Stato di stabilimento».

²³⁸ Allamprese, Orlandini, 2012, 6-7. In merito, cfr. Gottardi, 2010, par. 2, che ricorda come la richiesta di revisione della direttiva sul distacco avesse registrato l'opposizione dei Paesi *new comers*, che rivendicavano "politiche spregiudicate di accesso ai mercati del lavoro dell'Unione europea", contando sui differenziali retributivi e contestando la difesa dei sistemi di *welfare* e di relazioni sindacali dei Paesi di più risalente adesione, considerata alla stregua di un fenomeno di protezionismo.

del lavoro), già giudicato dalla Corte di Giustizia incompatibile con il principio di libera circolazione dei servizi, ma non è stato elevato a condizione necessaria da rispettare per le imprese che partecipano alla gara, a pena di esclusione²³⁹.

Se le cose stanno così come sono state descritte, allora possiamo concordare con quella dottrina che, già da tempo, ha rilevato che, nell'ordinamento dell'Unione europea²⁴⁰, dalla volontà "politica" di promuovere politiche sociali (ed ambientali) all'interno degli appalti pubblici non discende ancora la predisposizione di adeguati strumenti, che permettano la concreta realizzazione di tali politiche²⁴¹. E l'assetto attuale della disciplina (europea e nazionale) degli appalti conferma che «*all types of policies - economic, social, political, environmental, etc.*» rappresentano soltanto "*secondary policies*", «*in contrast with the so-called "primary" objective of a procurement of obtaining goods, works or services on the best terms*»: siamo ancora lontani, cioè, dal poter considerare le politiche sociali alla stregua di "*horizontal policies*", non «*necessarily illegitimate or subservient to commercial aspects*»²⁴².

6. Riferimenti bibliografici

- Agostini S. (2010). Cooperative sociali e appalti riservati. In *Dir. Prat. Soc.*, n. 9, p. 18.
- Agostini S. (2013). Coop sociali: modalità di affidamento degli appalti pubblici. In *Cooperative e Consorzi*, n. 1, p. 11.
- Aimo M. (2007). Stabilità del lavoro e tutela della concorrenza. Le vicende circolatorie dell'impresa alla luce del diritto comunitario. In Ballestrero M.V., a cura di, *La stabilità come valore e come problema*. Torino: Giappichelli, p. 103.
- Allamprese A., Orlandini G. (2012). Note sulla proposta di direttiva concernente l'applicazione della direttiva 1996/71. All'interno della sezione giuridica del sito *www.cgil.it*.
- Alvino I. (2010). Appalti delle pubbliche amministrazioni e tutela dei lavoratori dipendenti da appaltatori e sub-appaltatori. In Carabelli U., Carinci M.T., a cura di, *Il lavoro pubblico in Italia*. Bari: Cacucci, p. 277.

²³⁹ *Retro*, par. 3.2.2.

²⁴⁰ A differenza di quanto accade in altri ordinamenti, quali ad esempio, quello statunitense: cfr. Mc Crudden, 2004 e 2007.

²⁴¹ Cfr. Arnould, 2004, 187 ss.

²⁴² Le citazioni di quest'ultimo capoverso sono liberamente tratte da Arrowsmith, 2010, 149 ss. (ma su questi temi già ampiamente Arrowsmith, 2009, 108 ss.).

- Arnould J. (2004). *Secondary Policies in Public Procurement: the Innovations in the new Directives*. In *Public Procurement Law Review*, p. 187.
- Arrowsmith S. (2009). *A Taxonomy of Horizontal Policies in Public Procurement*. In Arrowsmith S., Kunzlik P., edited by, *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law New Directives and New Directions*. Cambridge University Press.
- Arrowsmith S. (2010). *Horizontal Policies in Public Procurement: a Taxonomy*. In *Journal of Public Procurement*, p. 149.
- Assanti C. (1972). Sub art. 36. In Assanti C., Pera G., *Commento allo Statuto dei diritti dei lavoratori*. Padova: Cedam, p. 419.
- Balandi G.G. (1973). Le «clausole a favore dei lavoratori» e l'estensione della applicazione del contratto collettivo. In *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, p. 698.
- Balandi G.G. (1998). La direttiva comunitaria sul distacco dei lavoratori: un passo in avanti verso il diritto comunitario del lavoro. In *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, p. 115.
- Baldassarre A. (1971). Iniziativa economica privata (voce). In *Enc. Dir.*, p. 582.
- Ballestrero M.V. (2008). Le sentenze *Viking* e *Laval*: la Corte di giustizia "bilancia" il diritto di sciopero. In *Lav. Dir.*, p. 371.
- Ballestrero M.V. (2012). *Diritto sindacale*⁴. Torino: Giappichelli.
- Bano F. (2008). La circolazione comunitaria di servizi *labour intensive*. In *Lav. Dir.*, p. 7.
- Bano F. (2009). *Diritto del lavoro e libera prestazione di servizi nell'Unione europea*. Bologna: Il Mulino.
- Barnard C. (2011). *Using Procurement Law to Enforce Labour Standards*. In Davidov G., Langille B., edited by, *The Idea of Labour Law*. Oxford University Press.
- Bartoli G., Ranieri C., Scialdone A. (2008). Modelli d'inclusione sociale ed imprese sociali elementi di *benchmark*. Le clausole sociali nel sistema degli appalti. *Report ISFOL*.
- Bastianin E. (2012). *Focus sulla giurisprudenza costituzionale in materia di contratti pubblici*. In *Istituzioni del federalismo*, p. 933.
- Battistini I. (2011). Sub art. 69. Condizioni particolari di esecuzione del contratto prescritte nel bando o nell'invito. In Carullo A., Iudica G., a cura di, *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privat*². Padova: Cedam, p. 674.
- Beccaria M.L. (2011). Clausole territoriali contrarie ai principi Ue. In *Guida agli enti locali*, n. 2, p. 45.
- Bellavista A. (1999). La clausola sociale dell'art. 36 St. Lav. e l'art. 2070 c.c. In *Riv. It. Dir. Lav.*, II, p. 162.

- Bellomo S. (2010). Esternalizzazioni, norme a tutela dei lavoratori e normativa speciale in materia di servizi pubblici locali. In *Lav. Giur.*, p. 52.
- Bentivogli C., Casadio P., Cullino R. (2009). I problemi nella realizzazione delle opere pubbliche: le differenze territoriali. In Banca d'Italia, *Mezzogiorno e politiche regionali*, n. 2, p. 223.
- Borrelli S. (2008). *Social Clauses in Public Contracts, the Posted Workers Directive and Article 49 EC: the Rüffert Case*. In *Transfer*, p. 358.
- Bortone R. (1979). Sub art. 36. In Giugni G., diretto da, *Lo Statuto dei lavoratori. Commentario*. Milano: Giuffrè, p. 646.
- Bricchi M., Ferrante V. (2012). Solidarietà e responsabilità del committente nella disciplina dell'appalto alla luce della più recente giurisprudenza. In *Riv. Giur. Lav.*, II, p. 463.
- Brino V. (2008). Gli equilibrismi della Corte di Giustizia: il caso *Rüffert*. In *Riv. It. Dir. Lav.*, II, p. 479.
- Brino V. (2012). *Diritto del lavoro, concorrenza e mercato*. Padova: Cedam.
- Bruun N., Jacobs A., Schmidt M. (2009). La Convenzione 94 dell'Ilo alla luce del caso *Rüffert*. In *Riv. Giur. Lav.*, I, p. 649.
- Calafà L. (2000). Appalti pubblici e «clausole di parità»: l'esperienza del Comune di Roma. In *Lav. Dir.*, 225.
- Carabelli U. (2009). *Europa dei mercati e conflitto sociale*. Bari: Cacucci.
- Carabelli U. (2011a). Unione europea e libertà economiche "sociofaghe" (ovvero, quando le libertà di circolazione dei servizi e di stabilimento si alimentano del *dumping* sociale). In Foglia R., Cosio R., a cura di, *Il diritto del lavoro nell'Unione europea*. Milano: Giuffrè, p. 229.
- Carabelli U. (2011b). Il contrasto tra le libertà economiche fondamentali e i diritti di sciopero e di contrattazione collettiva nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia: il sostrato ideologico e le implicazioni giuridiche del principio di equivalenza gerarchica. In *Studi sull'Integrazione Europea*, p. 217.
- Caranta R. (2012). *I contratti pubblici*². Torino: Giappichelli.
- Carinci M.T. (2007). Gli appalti nel settore privato. La distinzione tra appalto e trasferimento d'azienda ed il trattamento dei lavoratori impiegati negli appalti. In Montuschi L., a cura di, *Un diritto in evoluzione. Studi in onore di Yasuo Suwa*. Milano: Giuffrè, p. 335.
- Carnelutti F. (1909). Sul contratto di lavoro relativo ai pubblici servizi assunti da imprese private. In *Riv. Dir. Comm.*, I, p. 416.
- Cassese S. (1995). *La nuova costituzione economica*. Bari: Laterza.

- Cassese S. (2009). Istituzioni di diritto amministrativo. Milano: Giuffrè.
- Centofanti S. (1975). Sub art. 36. In Prosperetti U., a cura di, *Commentario allo Statuto dei Lavoratori*. Vol. II. Milano: Giuffrè, p. 1194.
- Cerbo P. (2010). Appalti pubblici e dignità umana fra tutela della concorrenza e considerazioni sociali. In *Dignità e diritto nei rapporti economici e sociali*. Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università Cattolica del S. Cuore - Sede di Piacenza, n. 3, p. 21.
- Cintioli F. (2009). L'art. 41 della Costituzione tra il paradosso della libertà di concorrenza e il "diritto della crisi". In *Dir. e Soc.*, p. 375.
- Clarich M., Fiorentino L. (2007). Appalti e concessioni: regole e prassi per il mercato. In Centro Studi Confindustria, *Concorrenza bene pubblico*. Vol. II. *Appalti, elettricità e gas, università*, p. 3.
- Contessa C. (2010). L'offerta economicamente più vantaggiosa: brevi note su un istituto ancora in cerca di equilibri. All'interno del sito www.giustizia-amministrativa.it.
- Costantini S. (2010). Crisi della cooperativa e modificazione *in peius* del trattamento economico dei soci-lavoratori. In *Riv. It. Dir. Lav.*, I, p. 299.
- Costantini S. (2011). Limiti all'iniziativa economica privata e tutela del lavoratore subordinato: il ruolo delle c.d. "clausole sociali". In *Ianus*, p. 199.
- D'Alberti M. (2008). Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti. In *Dir. Amm.*, p. 297.
- D'Herin H. (2012). La Plenaria fa luce sull'efficacia del DURC ai fini dell'esclusione dalle gare d'appalto. In *Urbanistica e appalti*, p. 905.
- De Michele A. (2007). La potestà legislativa delle Regioni in materia di contratti pubblici dopo le sentenze della Corte costituzionale n. 401 e n. 431 del 2007. In *Istituzioni del Federalismo*, supp. n. 5, p. 7.
- De Mozzi B. (2011). La tutela dei lavoratori nell'appalto transnazionale. In Carinci M.T., Cester C., Mattarolo M.G., Scarpelli F., a cura di, *Tutela e sicurezza del lavoro negli appalti privati e pubblici. Inquadramento giuridico ed effettività*. Torino: Utet, p. 29.
- De Nictolis P., De Nicotlis R. (2008). Il criterio del prezzo più basso e il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. In De Nictolis R., Garofoli R., Sandulli M.A., a cura di, *Trattato sui contratti pubblici. Le procedure di affidamento e l'aggiudicazione*. Vol III. Milano: Giuffrè, p. 2100.

- De Salvia A. (2008). Non c'è due senza tre: la corte di giustizia nel caso *Rüffert*. In *Arg. Dir. Lav.*, p. 1415.
- De Salvia A. (2012). Il bilanciamento tra le libertà economiche e i diritti sociali collettivi operato dalla Corte di Giustizia è un contemperamento tra diritti equiordinati? *WP CSDLE "Massimo D'Antona".INT – 98/2012*.
- Decarolis F., Giorgiantonio C., Giovanniello V. (2010). L'affidamento dei lavori pubblici in Italia: un'analisi dei meccanismi di selezione del contraente privato. *Questioni di Economia e Finanza*, Banca d'Italia (*Occasional paper*), n. 83.
- Dello Sbarba F. (2013). Illegittimo l'affidamento diretto mediante convenzione a cooperative sociali. In *Urbanistica e appalti*, p. 929.
- Dettori S. (2013). Sub art. 69. In Perfetti L., a cura di, *Codice dei contratti pubblici commentato*. Milano: Ipsoa, p. 999.
- Dipace R. (2013). I sistemi di aggiudicazione degli appalti. In Di Gregorio V., a cura di, *L'appalto pubblico e privato*. Torino: Utet, p. 485.
- Faioli M. (2008). Il lavoro prestato irregolarmente. Milano: Giuffrè.
- Faleri C. (2009). Sub art. 36. In Grandi M., Pera G., a cura di, *Commentario breve alle leggi sul lavoro*⁴. Padova: Cedam, p. 859.
- Ferrara M.D. (2013). *L'integrazione europea attraverso il «social test»: la clausola sociale orizzontale e le sue possibili applicazioni*. In *Riv. Giur. Lav.*, I, p. 295.
- Fonderico G. (2010). La selezione delle offerte e la verifica dell'anormalità (artt. 81-89). In Clarich M., a cura di, *Commentario al codice dei contratti pubblici*. Torino: Giappichelli, p. 449.
- Fuccillo A. (2007). Nozione (sub art. 1). *Nuove Legg. Civ. Comm.*, p. 296.
- Galgano F. (1982). Sub Art. 41. In Branca G., a cura di, *Commentario della Costituzione. Rapporti economici*. Tomo II. Art. 41-44. Bologna-Roma: Zanichelli-Società Editrice del Foro Italiano, p. 1.
- Ghera E. (2001). Le c.d. clausole sociali: evoluzione di un modello di politica legislativa. In *Dir. Rel. Ind.*, p. 133.
- Giampieretti M. (2003). Il principio costituzionale di libera concorrenza: fondamenti, interpretazioni, applicazioni. In *Dir. Soc.*, p. 439.
- Giroto R. (2012). Le successioni di appalti restano ancorate al contratto collettivo. In *Contratti Collettivi e Tabelle*, n. 9, p. 62.
- Giubboni S., Orlandini G. (2007). La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione europea. Bologna: Il Mulino.
- Gottardi D. (2010). Tutela del lavoro e concorrenza tra imprese nell'ordinamento dell'Unione europea. In *Gior. Dir. Lav. Rel. Ind.*, p. 509.

- Gotti P. (2012). Vincolatività o meno delle risultanze in materia di regolarità contributiva nelle procedure di affidamento degli appalti pubblici, al vaglio dell'Adunanza plenaria. In *Il Foro amministrativo - CdS*, p. 2235.
- Grottanelli De' Santi G. (1996). Qualche osservazione sull'evoluzione del valore costituzionale della libertà di iniziativa economica. In *Scritti in onore di Alberto Predieri*. Vol. II. Milano: Giuffrè, p. 981.
- Guariso A. (2010). «Lavoro ai residenti»: la Corte di Giustizia, il sindaco di Roncadelle e i miti del localismo. In *Riv. Crit. Dir. Lav.*, p. 657.
- Huber P.M. (2003). Gli appalti pubblici tra meccanismo per la provvista di mezzi e strumento di direzione economica e intervento sociale. In Ferrari E., a cura di, *I contratti della pubblica amministrazione in Europa*. Torino: Giappichelli, p. 115.
- Ichino P. (2000). Il contratto di lavoro. Vol. I. Milano: Giuffrè.
- Ieva L. (2011). Durc e contratti pubblici. In *Dir. Prat. Lav.*, p. 33.
- Imberti L. (2012). Il socio lavoratore di cooperativa. Disciplina giuridica ed evidenze empiriche. Milano: Giuffrè.
- Inglese I. (2011). Legittimità del lavoro a progetto con compenso inferiore ai minimi collettivi del lavoro subordinato e congruità dell'offerta negli appalti pubblici. In *Lav. Giur.*, p. 243.
- Inglese I. (2012). Trasporto pubblico: subentro e trasferimento d'azienda. In *Dir. Prat. Lav.*, p. 249.
- Irti N. (1998). L'ordine giuridico del mercato. Roma-Bari: Laterza.
- Lamberti C. (2011). La tutela dei lavoratori e la regolarità contributiva. In De Nictolis R., Garofoli R., Sandulli A., diretto da, *Il regolamento di attuazione. Trattato sui contratti pubblici*. Vol. VIII. Milano: Giuffrè.
- Leone G. (2013). Sub art. 52. In Perfetti L., a cura di, *Codice dei contratti pubblici commentato*. Milano: Ipsoa, p. 771.
- Libertini M. (2010). Concorrenza (voce). In *Enc. Dir.*, p. 192.
- Lippolis V. (2010). Il Durc negli appalti pubblici e il contenzioso amministrativo. In *Il giurista del lavoro*, n. 10, p. 2.
- Lo Faro A. (2008). Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi *Laval* e *Viking*. In *Lav. Dir.*, p. 63.
- Lo Faro A. (2010). Diritto al conflitto e conflitto di diritti nd mercato unico: lo sciopero al tempo della libera circolazione. In *Rass. Dir. Pub. Eur.*, p. 45.
- Lottini M. (2002). Appalti comunitari: sulla ammissibilità di criteri di aggiudicazione non prettamente economici. In *Il Foro amministrativo - CdS*, p. 1950.

- Lottini M. (2004). La libertà d'impresa come diritto fondamentale. In // *Foro amministrativo - TAR*, p. 541.
- Luciani M. (1983). La produzione economica privata nel sistema costituzionale. Padova: Cedam.
- Luciani V. (2010). La clausola sociale di equo trattamento nell'art. 36. In *Dir. Lav. Mer.*, p. 909.
- Maffeo D. (2007). Liberalizzazione dell'*handling*, clausola sociale e contrattazione collettiva. In *Dir. Trasp.*, p. 383.
- Maiellaro G.F. (2013). Il nuovo quadro normativo della responsabilità solidale negli appalti pubblici. In *Urbanistica e appalti*, p. 277.
- Maresca A. (2001). Appunti preliminari su contrattazione collettiva e "liberalizzazione" dei servizi pubblici. In *Quad. Agens*, n. 1, p. 26.
- Marinelli F. (2011). La tutela del posto di lavoro in caso di cessazione dell'appalto. In Carinci M.T., Cester C., Mattarolo M.G., Scarpelli F., a cura di, *Tutela e sicurezza del lavoro negli appalti privati e pubblici. Inquadramento giuridico ed effettività*. Torino: Utet, p. 219.
- Mattarolo M.G. (2011). Tutela della salute e sicurezza dei lavoratori negli appalti pubblici e nei cantieri temporanei o mobili: il ruolo della committenza. In Carinci M.T., Cester C., Mattarolo M.G., Scarpelli F., a cura di, *Tutela e sicurezza del lavoro negli appalti privati e pubblici. Inquadramento giuridico ed effettività*. Torino: Utet, p. 321.
- Mc Crudden C. (2004). *Using Public Procurement to Achieve Social Outcomes*. In *Natural Resources Forum*, n. 4, p. 257.
- Mc Crudden C. (2007). *Buying Social Justice. Equality, Government Procurement, & Legal Change*. Oxford: Oxford University Press.
- Mc Crudden C. (2011). *The Ruffert Case and Public Procurement*. In Cremona M., edited by, *Market Integration and Public Services in the European Union*. Oxford: Oxford University Press, p. 117.
- Mele G. (2007). La dimensione economica e il funzionamento del mercato degli appalti pubblici. In Centro Studi Confindustria, *Concorrenza bene pubblico*. Vol. II. *Appalti, elettricità e gas, università*, p. 27.
- Minganti L. (2011). Art. 86. In Carullo A., a cura di, *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati*. Padova: Cedam, p. 767.
- Morbidelli G. (1989). Iniziativa economica privata (voce). In *Enc. Giur. Trec.*
- Mutarelli M.M. (2005). Protezione del lavoro vs. protezione della concorrenza nella sentenza della Corte di Giustizia sui servizi

- aeroportuali: una decisione di grande rilievo motivata in modo insoddisfacente. In *Riv. It. Dir. Lav.*, II, p. 271.
- Napoletano D. (1953). Appalto di opere pubbliche e tutela dei diritti del lavoratore. In *Riv. Giur. Lav.*, I, p. 267.
- Niro R. (2006). Art. 41. in Bifulco R., Celotto A., Olivetti M., a cura di, *Commentario alla Costituzione*. Torino: Utet, p. 846.
- Novella M., Vallauri M.L. (2005). Il nuovo art. 2112 c.c. e i vincoli del diritto europeo. In *Gior. Dir. Lav. Rel. Ind.*, p. 177.
- Occhiocupo N. (2010). Costituzione, persona umana, mercato concorrenziale. In *Riv. Ass. It. Cost.*, n. 0.
- Oppo G. (1988). L'iniziativa economica. In *Riv. Dir. Civ.*, I, p. 328.
- Orlandini G. (2008). Autonomia collettiva e libertà economiche: alla ricerca dell'equilibrio perduto in un mercato aperto e in libera concorrenza. *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 66/2008*.
- Orlandini G. (2009). *Viking, Laval e Rüffert*: i riflessi sul diritto di sciopero e sull'autonomia collettiva nell'ordinamento italiano. In Vimercati A., a cura di, *Il conflitto sbilanciato. Libertà economiche e autonomia collettiva tra ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali*. Bari: Cacucci, p. 55.
- Orlandini G. (2013). Le clausole sociali nella proposta di Direttiva in materia di appalti pubblici. All'interno della sezione giuridica del sito www.cgil.it.
- Pace A. (1993). Libertà "del" mercato e libertà "nel" mercato. In *Pol. Dir.*, p. 327.
- Pace A. (1997). Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale². Padova: Cedam.
- Pagani I. (2012). I parametri di valutazione di gravità degli inadempimenti contributivi e previdenziali al vaglio della Corte di Giustizia. In *Urbanistica e appalti*, p. 1310.
- Pallini M. (2000). Il rapporto problematico tra diritto della concorrenza e autonomia collettiva nell'ordinamento comunitario e nazionale. In *Riv. It. Dir. Lav.*, II, p. 225.
- Pallini M. (2006). Il diritto del lavoro e libertà di concorrenza: il caso dei servizi aeroportuali. In *Riv. Giur. Lav.*, II, p. 44.
- Pallini M. (2008). *Law Shopping* e autotutela sindacale nell'Unione Europea. In *Riv. Giur. Lav.*, II, p. 3.
- Pallini M. (2009). La tutela dell'"ordine pubblico sociale" quale limite alla libertà di circolazione dei servizi nel mercato UE. In Vimercati A., a cura di, *Il conflitto sbilanciato. Libertà economiche e autonomia collettiva tra ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali*. Bari: Cacucci, p. 197.

- Paparo T. (2010). I contratti sotto soglia (artt. 121-125). In Clarich M., a cura di, *Commentario al codice dei contratti pubblici*. Torino: Giappichelli, p. 943.
- Pera G. (1998). Il rispetto della contrattazione collettiva nelle concessioni di pubblici servizi. In *Giust. Civ.*, I, p. 2426.
- Perulli A. (1999). Diritto del lavoro e globalizzazione. Clausole sociali, codici di condotta e commercio internazionale. Padova: Cedam.
- Perulli A. (2013). Diritti sociali fondamentali e regolazione del mercato nell'azione esterna dell'Unione Europea. In *Riv. Giur. Lav.*, I, p. 321.
- Pesce G. (2010). Requisiti di partecipazione, accesso alle gare pubbliche e riflessi sulla tutela della concorrenza tra le imprese (artt. 34-52). In Clarich M., a cura di, *Commentario al codice dei contratti pubblici*. Torino: Giappichelli, p. 277.
- Principato L. (2012). L'ipostatizzazione della concorrenza: da situazione giuridica soggettiva ed ambito di competenza legislativa a strumento di politica economica. In *Giur. Cost.*, p. 728.
- Robin Olivier S. (2008). *Libre prestation de services, marchés publics et régulation sociale: le droit européen privilégie la concurrence fondée sur le coût du travail*. In *Rev. Trim. Droit Eur.*, p. 485.
- Robles M. (2007). Il contratto di appalto nella disciplina italo-comunitaria. In *Studi sull'integrazione europea*, p. 55.
- Rödl F. (2009). La Corte di giustizia e il caso *Rüffert*: quali possibilità per una concorrenza «non distorta» in materiale salariale nell'esperienza tedesca. In Vimercati A., a cura di, *Il conflitto sbilanciato. Libertà economiche e autonomia collettiva tra ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali*. Bari: Cacucci, p. 131.
- Rodríguez-Piñero Y Bravo-Ferrer M. (2008). *El caso Rüffert ¿una constitucionalización del dumping social?*. In *Rel. Lab.*, n. 15-16, p. 83.
- Romei R. (1999). Cessione di ramo d'azienda e appalto. In *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, p. 325.
- Romeo C. (1983). Sul raccordo tra benefici all'impresa privata e tutela del lavoro. In *Riv. It. Dir. Lav.*, I, p. 254.
- Romoli F. (2013). Sub art. 86. In Perfetti L., a cura di, *Codice dei contratti pubblici commentato*. Milano: Ipsoa, p. 1152.
- Scarpelli F. (2006a). Regolarità del lavoro e regole della concorrenza: il caso degli appalti pubblici. In *Riv. Giur. Lav.*, I, p. 753.
- Scarpelli F. (2006b). Il Codice degli Appalti pubblici: un'occasione per promuovere la regolarità del lavoro. In *Note Informative CGIL*, n. 36, p. 22.

- Scarpelli F. (2011). La dimensione sociale nella regolamentazione degli appalti pubblici. In Carinci M.T., Cester C., Mattarolo M.G., Scarpelli F., a cura di, *Tutela e sicurezza del lavoro negli appalti privati e pubblici. Inquadramento giuridico ed effettività*. Torino: Utet, p. 307.
- Scolastici R. (2013). Le clausole sociali sul cambio di appalto: quali tutele per i lavoratori? In *Boll. ADAPT*, 3 giugno 2013, n. 21.
- Spagnuolo Vigorita V. (1959). L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico. Napoli: Jovene.
- Speziale V. (2006). Appalti e trasferimento d'azienda. *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 41/2006*.
- Sticchi Damiani S. (2010). I requisiti di ordine generale. In Franchini C., a cura di, *I contratti di appalto pubblico*. Milano: Wolters Kluwer Italia, p. 423.
- Tomasini C. (2013). Costo del personale: prime indicazioni per l'applicazione dell'art. 82, comma 3-bis codice dei contratti pubblici. In *Urbanistica e appalti*, p. 1252.
- Tullini P. (1990). Finanziamenti pubblici alle imprese e «clausole sociali». In *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, p. 33.
- Vaiano D. (2013). Sub art. 38. In Perfetti L., a cura di, *Codice dei contratti pubblici commentato*. Milano: Ipsoa, p. 564.
- Vallebona A. (1999). Successione nell'appalto e tutela dei posti di lavoro. In *Riv. It. Dir. Lav.*, II, p. 217.
- Varva S. (2011a). Le clausole sociali. In Carinci M.T., Cester C., Mattarolo M.G., Scarpelli F., a cura di, *Tutela e sicurezza del lavoro negli appalti privati e pubblici. Inquadramento giuridico ed effettività*. Torino: Utet, p. 321.
- Varva S. (2011b). Definizioni e ambito di applicazione della normativa. In Carinci M.T., Cester C., Mattarolo M.G., Scarpelli F., a cura di, *Tutela e sicurezza del lavoro negli appalti privati e pubblici. Inquadramento giuridico ed effettività*. Torino: Utet, p. 329.
- Varva S. (2011c). Gli istituti di rilevanza lavoristica. In Carinci M.T., Cester C., Mattarolo M.G., Scarpelli F., a cura di, *Tutela e sicurezza del lavoro negli appalti privati e pubblici. Inquadramento giuridico ed effettività*. Torino: Utet, p. 321.
- Varva S. (2011d). L'offerta anomala. In Carinci M.T., Cester C., Mattarolo M.G., Scarpelli F., a cura di, *Tutela e sicurezza del lavoro negli appalti privati e pubblici. Inquadramento giuridico ed effettività*. Torino: Utet, p. 369.
- Varva S. (2011e). La responsabilità solidale. In Carinci M.T., Cester C., Mattarolo M.G., Scarpelli F., a cura di, *Tutela e sicurezza del*

- lavoro negli appalti privati e pubblici. Inquadramento giuridico ed effettività.* Torino: Utet, p. 387.
- Varva S. (2011f). I lavoratori svantaggiati. In Carinci M.T., Cester C., Mattarolo M.G., Scarpelli F., a cura di, *Tutela e sicurezza del lavoro negli appalti privati e pubblici. Inquadramento giuridico ed effettività.* Torino: Utet, p. 377.
- Varva S. (2011g). Requisiti di partecipazione, criteri di scelta, condizioni di esecuzione. In Carinci M.T., Cester C., Mattarolo M.G., Scarpelli F., a cura di, *Tutela e sicurezza del lavoro negli appalti privati e pubblici. Inquadramento giuridico ed effettività.* Torino: Utet, p. 347.
- Ventura F. (2011). Sub art. 52. Appalti riservati. In Carullo A., Iudica G., a cura di, *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati².* Padova: Cedam, p. 532.
- Vincenti E. (1999). Origine ed attualità della c.d. "clausola sociale" dell'art. 36 dello Statuto dei Lavoratori. In *Dir. Lav.*, I, p. 429.
- Zilio Grandi G. (2011). Il *dumping* sociale intracomunitario alla luce della più recente giurisprudenza CGE. Quando la libertà economica prevale sui diritti sociali. In Balducci C., Serrano M.L., a cura di, *Nuovi assetti delle fonti del diritto del lavoro.* Caspur - Ciber publishing, p. 47.