

**Documento Gruppo di lavoro AIPDA**

# **LA RIFORMA DEI CONTRATTI PUBBLICI** *(D. LGS. 36/2023)*

**A CURA DI FRANCESCO MANGANARO, NINO PAOLANTONIO E FABRIZIO TIGANO**



**MESSINA  
UNIVERSITY  
PRESS**



**Documento Gruppo di lavoro AIPDA**

**LA RIFORMA DEI CONTRATTI PUBBLICI**  
***(D. LGS. 36/2023)***

**A CURA DI FRANCESCO MANGANARO, NINO PAOLANTONIO E FABRIZIO TIGANO**



Questa edizione digitale dell'opera è rilasciata con licenza Creative Commons Attribution 4.0 - CC-BY-NC-ND, il cui testo integrale è disponibile all'URL: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>



ISBN 979-12-80899-08-8

DOI 10.13129/979-12-80899-08-8

© L'autore per il testo, 2024

© Messina University Press per la presente edizione

Pubblicato da:

Messina University Press

Piazza Pugliatti, 1 - 98121 Messina

Sito web: <https://messinaup.unime.it/>

Prima edizione: febbraio 2024

Questo volume è stato sottoposto a un processo di revisione esterno sotto la responsabilità del Comitato editoriale e del Consiglio direttivo della casa editrice. Le opere pubblicate vengono approvate dal Consiglio direttivo sulla base della valutazione del Comitato editoriale e devono essere conformi al Codice etico della casa editrice.

Le edizioni digitali online sono pubblicate in Open Access  
su: <https://messinaup-pubblicazioni.unime.it/index.php/mup>

## PRESENTAZIONE DEL LAVORO

### PARTE I

#### LIBRO I – TITOLO I

#### I PRINCIPI GENERALI

Brevi osservazioni sul principio della fiducia nel Codice dei contratti  
Principio di buona fede

L'auto organizzazione e l'*in house providing* nel nuovo Codice (art. 7)

Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale

La conservazione dell'equilibrio contrattuale: questioni aperte

L'innovazione nel Codice dei contratti

#### LIBRO I – TITOLO II

#### L'AMBITO DI APPLICAZIONE, IL RESPONSABILE UNICO E LE FASI DELL'AFFIDAMENTO

La struttura bifasica dei contratti pubblici

Contratti pubblici e concordato tra “vecchio” e “nuovo” Codice

Autonomie territoriali speciali e contratti pubblici

### PARTE II

#### DELLA DIGITALIZZAZIONE DEL CICLO DI VITA DEI CONTRATTI

La digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti pubblici

#### LIBRO II - PARTE II

#### DEGLI ISTITUTI E DELLE CLAUSOLE COMUNI

La disciplina sulle clausole sociali nel d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36

La disciplina sulle clausole ambientali

**TITOLO IV - CAPO II  
I REQUISITI DI ORDINE GENERALE**

**Grave illecito professionale (art. 98, d.lgs. 36/2023)**

**PARTE VI  
DELL'ESECUZIONE**

**Il Subappalto**

**LIBRO IV  
DEL PARTENARIATO PUBBLICO-PRIVATO  
E DELLE CONCESSIONI  
PARTE II  
DEI CONTRATTI DI CONCESSIONE**

**La disciplina del partenariato pubblico-privato  
e il contratto di concessione**

**LIBRO V- PARTE I - TITOLO I  
I RICORSI GIURISDIZIONALI**

**Le novità in tema di contenzioso**

## NOTIZIE SUGLI AUTORI E SUI CURATORI

**Gaetano Armao**, Professore associato di Diritto amministrativo, Università di Palermo, Dipartimento di Scienze Politiche e delle Relazioni internazionali

**Giulia Avanzini**, Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università di Pavia, Dipartimento di Giurisprudenza

**Antonio Bartolini**, Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università di Perugia, Dipartimento di Giurisprudenza

**Gian Franco Cartei**, Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università di Firenze, Dipartimento di Scienze Giuridiche

**Edoardo Caruso**, Ricercatore t.d. di Diritto amministrativo, Università di Ferrara, Dipartimento di Giurisprudenza

**Annalisa Giusti**, Professore associato di Diritto amministrativo, Università di Perugia, Dipartimento di Giurisprudenza

**Giovanni Fabio Licata**, Professore associato di Diritto amministrativo, Università di Catania, Dipartimento di Giurisprudenza

**Sebastiano Licciardello**, Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università di Catania, Dipartimento di Giurisprudenza

**Antonietta Lupo**, Professore associato di Diritto amministrativo, Università di Messina, Dipartimento di Scienze Politiche e Giuridiche

**Francesco Manganaro**, Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università Mediterranea di Reggio Calabria, Dipartimento di Giurisprudenza, Economia e Scienze umane.

**Carola Pagliarin**, Professore associato di Diritto amministrativo, Università di Padova, Dipartimento di Diritto Pubblico, Internazionale e Comunitario

**Nino Paolantonio**, Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università di Roma Tor Vergata, Dipartimento di Giurisprudenza

**Maria Alessandra Sandulli**, Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università di Roma Tre, Dipartimento di Giurisprudenza

**Sara Spuntarelli**, Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università di Camerino, Scuola di Giurisprudenza

**Marco Tiberii**, Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università della Campania "L. Vanvitelli", Dipartimento di Economia

**Fabrizio Tigano**, Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università di Messina, Dipartimento di Scienze Politiche e Giuridiche

**Francesco Tuccari**, Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università del Salento, Dipartimento di Scienze Giuridiche

LA DISCIPLINA SULLE CLAUSOLE SOCIALI  
NEL D.LGS. 31 MARZO 2023, N. 36

Edoardo Caruso

1. Un filo rosso che accomuna gli ultimi tre interventi di riforma generale del settore dei contratti pubblici (2006, 2016 e 2023) è dato dal progressivo rafforzamento dell'attenzione per i profili sociali negli acquisti delle amministrazioni. Determinanti in questo percorso di rafforzamento sono state le importanti novità introdotte in tema di clausole sociali dal d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, per quanto non meno rilevanti siano le misure introdotte dagli interventi normativi successivi: quelli di modifica del previgente Codice, ma soprattutto quelli riconducibili alla *governance* del PNRR e alla disciplina di affidamento dei relativi contratti<sup>1</sup>.

Nella medesima direzione si pone il d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 che conferma e implementa questo percorso, coerentemente peraltro con i criteri contenuti nella legge delega 21 giugno 2022, n. 78. Si tratta ovviamente di un giudizio complessivo, che non esclude alcuni distinguo legati alla sussistenza di aspetti perfettibili e, soprattutto, alla eterogeneità e molteplicità dei profili regolativi riconducibili al tema delle clausole sociali nei contratti pubblici.

Dal momento che la soluzione più adeguata per affrontare tale complessità è di distinguere in base alla tipologia dell'interesse sociale perseguito, si riprende la dicotomia elaborata dalla dottrina gius-lavoristica tra clausole sociali di equo trattamento o di prima generazione e clausole sociali di riassorbimento o di seconda generazione, cui deve oggi aggiungersi una terza categoria composta dalle misure di occupazione promozionale per cui si può parlare di clausole sociali di terza generazione.

2. Le novità principali attengono all'equo trattamento, normativo e retributivo, dei lavoratori impiegati nelle commesse pubbliche alla cui garanzia sono rivolte diverse disposizioni contenute negli artt. 11, 41

---

<sup>1</sup> Cfr. art. 47 del d.l. 31 maggio 2021, n. 77 conv. con modificazioni da l. 29 luglio 2021, n. 108.

commi 13 e 14, 57 comma 1, 102, 108 comma 9, 110 commi 4 e 5, 119 commi 2 e 6 ss. del nuovo Codice<sup>2</sup>.

Un primo merito che può riconoscersi alla recente codificazione è di aver espressamente sancito – tramite opportuni rinvii e soprattutto un miglior coordinamento e una maggior coerenza “interna” della formulazione normativa – il ruolo di architrave di questo micro sistema normativo dell’art. 11, contenente l’obbligo per l’aggiudicatario di applicare un contratto collettivo rispettoso dei tre criteri normativamente definiti<sup>3</sup>. Se nella definizione di tali criteri sono state confermate le importanti evoluzioni già raggiunte con l’art. 30 comma 4 del Codice del 2016, il nuovo art. 11 porta “al culmine” la risalita tra i principi generali della materia della garanzia dell’equo trattamento e, soprattutto, affronta (e presumibilmente risolve) la principale questione rimasta ambigua in vigenza della precedente disciplina. Invero, la notevole frammentazione intersettoriale e intrasettoriale che caratterizza la contrattazione collettiva in Italia ha fino ad ora comportato che, soprattutto per gli affidamenti di prestazioni ibride e/o eterogenee, rimanesse in capo all’operatore economico un certo margine di scelta nell’individuazione del CCNL da applicare in fase esecutiva, nonostante la pregnanza e il rigore dei tre criteri previsti dall’art. 30, comma 4. Tale margine di scelta per gli operatori economici era preservato, anche a fronte dei tentativi di talune stazioni appaltanti di indicare il CCNL da applicare, da quell’indirizzo giurisprudenziale prevalente, che rifletteva il timore di una possibile violazione degli artt. 39 e 41 Cost., secondo cui la scelta del contratto collettivo non può che rientrare tra le prerogative dell’imprenditore<sup>4</sup>. In questo modo, seppur entro i confini del rispetto dell’art. 30 comma 4, si ammetteva un certo grado di *shopping* contrattuale e di *dumping* sociale, con possibile nocimento di tutte quelle esigenze cui l’equo trattamento dei lavoratori risulta funzionale (*infra*).

---

<sup>2</sup> Queste previsioni, di seguito esaminate, si aggiungono a quelle riconducibili alla c.d. «funzione strategica negativa dei *public procurement*», volta cioè a rafforzare “indirettamente”, tramite l’attività contrattuale della p.a., il rispetto degli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dalla normativa europea e nazionale, dai contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali di diritto del lavoro indicate nell’allegato X alla direttiva 2014/24/UE (con riguardo ai soli contratti di appalto, cfr., artt. 95, comma 1, lett. a; 107, comma 2; 110 comma 5, lett. a del d.lgs. n. 36/2023).

<sup>3</sup> Criterio settoriale/territoriale, criterio soggettivo/rappresentativo e criterio della stretta connessione con l’oggetto del contratto da affidare.

<sup>4</sup> Tra le tante, da ultimo, Cons. St., sez. V, 9 agosto 2021, n. 5795.

Il nuovo art. 11, nel prevedere al comma 3 la possibilità per gli operatori economici di indicare nella propria offerta un contratto collettivo differente da quello indicato dagli atti di gara «*purché garantisca ai dipendenti le stesse tutele*»<sup>5</sup>, riconosce espressamente il potere della stazione appaltante di individuare il livello di tutela minimo che deve essere garantito ai lavoratori, in tal modo andando oltre l'indirizzo giurisprudenziale in precedenza richiamato. La maggiore omogeneità nello standard normativo ed economico da garantire ai lavoratori rafforza non solo la loro tutela, ma anche la garanzia di una *fair competition* tra gli operatori economici e presumibilmente anche il buon andamento dell'attività contrattuale dell'amministrazione e, quindi, del risultato amministrativo.

Le ragioni per cui tale previsione non dovrebbe contrastare con le previsioni costituzionali sopra richiamate sono state puntualmente chiarite, in linea con le considerazioni già svolte da parte della dottrina, nella relazione sullo schema di decreto elaborato dalla Commissione; tra queste, rileva innanzitutto il fatto che l'applicazione di un determinato CCNL (o dello standard equivalente) non viene autoritativamente imposta dalla legge, ma consegue alla sua accettazione da parte dell'operatore economico il quale decide liberamente di partecipare alla procedura di aggiudicazione e di stipulare il contratto<sup>6</sup>.

Più problematico appare invece il rapporto tra l'art. 11 e il diritto Ue: se da un lato la tendenziale uniformità degli standard lavoristici da rispettare in fase esecutiva rafforza, come anticipato, l'effettività della *fair*

---

<sup>5</sup> L'ANAC, nella Nota Illustrativa al Bando tipo n. 1/2023, par. 7, approvato dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 309 del 27 giugno 2023, ha fornito alle stazioni appaltanti utili indicazioni operative con riguardo sia all'individuazione del CCNL da applicare sia alla valutazione di equivalenza tra il contratto indicato e quello differente utilizzato dall'impresa.

<sup>6</sup> Relazione p. 27: «*La previsione non pare in contrasto con l'art. 39 Cost. in quanto non è diretta a estendere ex lege ed erga omnes l'efficacia del contratto collettivo, ma si limita a indicare le condizioni contrattuali che l'aggiudicatario deve applicare al personale impiegato, qualora, sulla base di una propria e autonoma scelta imprenditoriale, intenda conseguire l'appalto pubblico, restando libero di applicare condizioni contrattuali diverse nello svolgimento dell'attività imprenditoriale diversa; e restando libero di accettare o non la clausola dell'appalto pubblico oggetto dell'aggiudicazione (accettando, quindi, anche l'esclusione dalla procedura). I medesimi argomenti possono essere utilizzati per affermare la compatibilità anche rispetto all'art. 41 Cost., tenuto conto altresì che la libera iniziativa economica "non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale". Il consentire alla p.a. la scelta di indicare il CCNL applicabile alle prestazioni oggetto di gara sembra trovare giustificazione proprio sotto questo profilo (Art. 41, secondo comma, Cost.)*».

*competition* e dei principi di parità di trattamento e di trasparenza, dall'altro rimane aperta, in termini analoghi a quanto già evidenziato in dottrina rispetto all'art. 30 comma 4 del Codice del 2016, la questione della compatibilità con l'art. 3 paragrafo 1 della direttiva c.d. distacco (96/71/Ce) nella parte in cui questa individua un elenco di materie, più ristretto del contenuto dei contratti collettivi, che costituisce il *trattamento* (minimo ma anche) *massimo* di tutela che lo Stato ospitante può legittimamente garantire ai lavoratori distaccati. Tali conclusioni sono frutto dei limiti individuati dalla Corte di giustizia nelle sentenze note come “*Laval quartet*”; tuttavia, la direttiva Ue 2022/2041 dell'ottobre 2022 sui salari minimi adeguati, e in particolare il suo articolo 9 dedicato proprio agli appalti pubblici, potrebbe aver portato a uno stemperamento di tali limiti (il condizionale è tuttavia d'obbligo data la complessità della tematica, nonché alla luce del passaggio introdotto nella versione finale del Considerando n. 31 ove si precisa che tale direttiva non crea alcun obbligo supplementare in relazione alle direttive sui *public procurement*).

2.1. Il nuovo Codice realizza un passo in avanti anche con riguardo all'effettività delle clausole sociali. In tal senso va richiamato l'art. 102 (“Impegni dell'operatore economico”) ai sensi del quale gli atti di gara devono richiedere agli operatori economici di assumere l'impegno a garantire l'equo trattamento dei lavoratori nei termini sopra descritti, precisando le modalità con cui intendono rispettare tali impegni. Spetta quindi all'amministrazione, utilizzando qualsiasi mezzo, verificare la loro attendibilità con riguardo alla sola offerta dell'aggiudicatario (art. 102 comma 2); corrispondente appare la portata precettiva del comma 4 dell'art. 11, con la sola specificazione che, nei in cui l'operatore economico ai sensi del comma 3 indichi un CCNL diverso da quello previsto dagli atti di gara, la stazione appaltante prima di procedere all'affidamento o all'aggiudicazione deve acquistare una sua «*dichiarazione di equivalenza delle tutele*». Viene così riproposto un meccanismo di verifica funzionalmente corrispondente a quello che, limitatamente alle clausole sociali di equo trattamento, era già stato introdotto dagli interventi correttivi al Codice del 2016 (in particolare all'art. 95, comma 10 che aveva previsto un controllo sul rispetto dei costi del lavoro da parte dell'offerente quale adempimento di carattere generale, a prescindere cioè dall'instaurarsi

dell'eventuale sub-procedimento di anomalia)<sup>7</sup>, ancorché riferito a quei *valori economici medi* rappresentati dai minimi salariali retributivi previsti dalle apposite tabelle ministeriali

Questa novità circa l'oggetto della verifica sui costi della manodopera, avente a oggetto non più gli standard medi contenuti nelle tabelle ma quelli normativi e retribuiti previsti dal CCNL, ridimensiona ma non fa del tutto venir meno l'utilità del controllo sul rispetto delle tabelle nella fase di verifica di anomalia dell'offerta, stante la differenza di contenuti tra queste e i CCNL e le peculiarità di tale (eventuale) sub-procedimento<sup>8</sup>. E infatti viene confermato, in termini analoghi al previgente art. 97, il controllo sul costo del personale nella verifica di anomalia; questo controllo rimane incentrato sulla differenza tra i suddetti *valori economici medi* contenuti nelle tabelle, che ammettono scostamenti al ribasso (art. 109 comma 5 lett. d) e i *valori economici minimi* che vanno ricavati dalle fonti collettive e vanno rispettati senza possibilità di giustificazioni (109, comma 4 lett. a).

Viene opportunamente confermato anche il potere sostitutivo della stazione appaltante in caso di ritardo nel pagamento delle retribuzioni da parte dell'aggiudicatario o dei subappaltatori (art. 11 co. 5). Sempre con riguardo all'effettività delle clausole sociali di prima generazione, non appaiono del tutto condivisibili quelle letture che enfatizzano la "ritrovata centralità" che, in effetti, l'art. 57 comma 1 sembra riconoscere agli atti di gara: ancorché la suddetta disposizione richieda alla stazione appaltante di inserire nei bandi e negli avvisi apposite clausole sociali aventi a oggetto l'obbligo di applicazione di un CCNL, tale obbligo per l'aggiudicatario è direttamente previsto dagli artt. 11 comma 1 e 119 comma 7, residuando in capo agli atti di gara il solo compito di individuare il livello minimi di tutela tramite l'indicazione di uno specifico CCNL *leader*, strettamente connesso all'oggetto del contratto.

---

<sup>7</sup> Coerentemente, la nuova disposizione in tema di criteri di aggiudicazione non richiede più alla stazione appaltante di verificare il rispetto dei costi della manodopera dell'offerta, limitandosi a prevedere l'onere per gli operatori economici, a pena di esclusione, di indicare i costi della manodopera nell'offerta (art. 108, comma 9).

<sup>8</sup> D'altronde, nella misura in cui tengono conto del c.d. costo delle sostituzioni del personale assente per malattie, ferie e altre evenienze, le tabelle ministeriali svolgono anche una funzione più strettamente connessa alla garanzia della congruità dell'offerta e della sua "sostenibilità" economica in fase esecutiva; sul tema cfr. Cons. Stato, sez. V, 22 novembre 2022, n. 10272.

2.2. Per concludere l'analisi delle previsioni poste a garanzia dell'equo trattamento dei lavoratori, vanno considerati, innanzitutto, i commi 13 e 14 dell'art. 41 che ribadiscono il ruolo centrale delle tabelle ministeriali nella costruzione degli atti di gara e, in particolare, nella definizione dei costi della manodopera. In parte innovativo è invece il secondo periodo del comma 14 della medesima disposizione: nel prevedere che *«I costi della manodopera e della sicurezza sono scorporati dall'importo assoggettato al ribasso»*, ripropone una disposizione che era stata introdotta nei correttivi del Codice del 2006 ma poi eliminata a seguito delle diverse criticità rilevate dalla dottrina e dall'Autorità di settore. Criticità che appaiono in gran parte superate dal successivo periodo del nuovo art. 41 comma 14 secondo cui *«Resta ferma la possibilità per l'operatore economico di dimostrare che il ribasso complessivo dell'importo deriva da una più efficiente organizzazione aziendale»*: a ben vedere, si tratta di previsione che recepisce un condivisibile indirizzo presente in giurisprudenza che, tuttavia, non sempre ha trovato coerente applicazione nella prassi amministrativa e giurisprudenziale in quanto, in più occasioni, sono stati considerati ammissibili scostamenti sui costi della manodopera non giustificati da reali efficienze organizzative. Trattasi di una previsione cui potrebbe attribuirsi, a una prima lettura, una rilevanza circoscritta, ma che invece pare riflettere la centralità attribuita dal nuovo Codice al principio del risultato, come pure un suo possibile ruolo quale "valvola di regolazione" nel bilanciamento tra gli interessi c.d. orizzontali (tra cui quelli sociali e di tutela dei lavoratori) e gli interessi "esterni" del mercato e dei suoi operatori. D'altronde, come è stato osservato, anche *«da una norma transitoria può trarsi una filosofia»*.

Vanno inoltre prese in considerazione le diverse previsioni volte garantire ai lavoratori in subappalto le medesime tutele normative ed economiche previste per lavoratori impiegati dall'aggiudicatario. Si tratta di una finalità presente nei testi normativi previgenti che, come emerge già dalla netta affermazione di tale regola/principio contenuta nel comma 5 dell'art. 11, il nuovo Codice intende rafforzare per compensare, si ritiene, la liberalizzazione del subappalto e, in particolare, l'apertura al subappalto a cascata.

Lo standard di tutela da assicurare ai lavoratori in subappalto viene specificato dall'art. 119 comma 12 del nuovo Codice che a ben vedere riprende – salvo un opportuno intervento chiarificatore, già suggerito in via interpretativa – quanto previsto dall'art. 105 comma 14 del Codice

del 2016 così come modificato dall'art. 49 del d.l. 31 maggio 2021, n. 77<sup>9</sup>, anche in quel caso in funzione di contrappeso alle misure di liberalizzazione del subappalto. In particolare, il generale dovere del subappaltatore di garantire ai lavoratori un trattamento non inferiore a quello che avrebbe garantito il contraente principale (artt. 11 comma 5 e 119 comma 12 primo periodo) si concreta nel più puntuale obbligo di applicare il medesimo CCNL allorché *«le attività oggetto di subappalto coincidano con quelle caratterizzanti l'oggetto dell'appalto oppure riguardino le lavorazioni relative alle categorie prevalenti e siano incluse nell'oggetto sociale del contraente principale»* (119 comma 12 primo periodo).

Diverse sono le disposizioni volte ad assicurare l'effettività di tali garanzie per i lavoratori del subappalto: oltre alle forme di responsabilità solidale tra aggiudicatario e subappaltatore (art. 119 commi 6 e 7), va richiamato il terzo periodo dell'art. 119 comma 12<sup>10</sup> contenente il divieto per l'aggiudicatario di ribassi sui costi della manodopera nell'affidamento ai subappaltatori e l'obbligo per la stazione appaltante di provvedere alla *«verifica dell'effettiva applicazione della presente disposizione»*, come pure il potere sostitutivo della stazione appaltante in caso di ritardo nel pagamento delle retribuzioni (art. 119 comma 8 che rinvia all'art. 11 comma 5; in tale ipotesi è previsto il coinvolgimento della direzione provinciale del lavoro, cfr. art. 119 comma 9).

Queste previsioni vanno coordinate con due ulteriori disposizioni introdotte dal legislatore del 2023 per le medesime finalità, ovvero l'art. 57 comma 1 nella parte in cui richiede alla stazione appaltante di inserire negli atti di gara specifiche clausole sociali volte ad assicurare la parità di trattamento dei lavoratori del subappaltatore e il contrasto al lavoro irregolare<sup>11</sup>; e l'art. 102 che richiede all'operatore economico di assumere i medesimi impegni, ovvero di assicurare che *«ai subappaltatori siano garantite le stesse tutele economiche e normative dei suoi dipendenti e a contrastare il lavoro irregolare»*.

Questo micro sistema normativo denota, anche nella sua tendenziale ridondanza, la ferma intenzione del legislatore di coniugare la maggior

---

<sup>9</sup> Convertito con modificazioni dalla l. 29 luglio 2021, n. 108.

<sup>10</sup> Anch'esso riprodotto di una disposizione già introdotta dal d.l. n. 77/2021.

<sup>11</sup> Sul punto rileva anche il comma 14 dell'art. 119 secondo cui *«Per contrastare il fenomeno del lavoro sommerso irregolare il documento unico di regolarità contributiva è comprensivo della verifica della congruità della incidenza della mano d'opera relativa allo specifico contratto affidato (...).»*

flessibilità nell'utilizzo del subappalto imposta dall'ordinamento UE con il divieto di far ricorso a tale strumento per ridurre i costi della manodopera a danno dei lavoratori e del loro equo trattamento; al tempo stesso la genericità di tali previsione pare riflettere quanto evidenziato in questo volume nel contributo in tema di subappalto, circa la difficoltà di risolvere, attraverso strumenti comunque riguardanti la fase dell'aggiudicazione (inserimento di clausole sociali, impegni dell'operatore economico), questioni e problemi che attengono essenzialmente alla fase esecutiva (sul punto si tornerà al § successivo).

3. Oltre all'applicazione di CCNL *leader* e alla garanzia della parità di trattamento dei lavoratori nel subappalto (*supra* § 2.1 e 2.2), l'art. 57 comma 1 del nuovo Codice richiede alla stazione appaltante di inserire «specifiche clausole sociali con le quali sono richieste, come requisiti necessari dell'offerta, misure orientate tra l'altro a garantire» le «pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate» e «la stabilità occupazionale del personale impiegato».

La scelta di “sovraccaricare” di contenuti la disposizione sulle clausole sociali, in precedenza concernente la sola stabilità occupazionale (cfr. art. 50 del Codice del 2016), potrebbe presentare alcune criticità.

Innanzitutto, relativamente al suo ambito applicativo<sup>12</sup>: per quanto esso sia più esteso rispetto al previgente art. 50, essendo venuta meno la limitazione ai contratti di lavori e servizi ad alta intensità di manodopera, tale perimetro di operatività non sembra adattarsi con la stessa adeguatezza alle diverse tipologie di clausole sociali considerate dal vigente art. 57<sup>13</sup>. Inoltre, appare non troppo meditata la scelta, compiuta al momento dell'approvazione del Codice, di aggiungere nell'art. 57 le clausole sociali di occupazione promozionale (c.d. di terza generazione) che, valorizzate dal d.l. n. 77/2021 per i contratti del PNRR e prese in considerazione dalla legge delega 21 giugno 2022, n. 78, erano invece state “marginalizzate” nelle prime versioni dello schema di decreto ai soli *contratti ri-*

---

<sup>12</sup> «Per gli affidamenti dei contratti di appalto di lavori e servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale e per i contratti di concessione (...) tenuto conto della tipologia di intervento, in particolare ove riguardi il settore dei beni culturali e del paesaggio, e nel rispetto dei principi dell'Unione europea (...)». L'art. 57 dovrebbe trovare applicazione agli affidamenti di qualsiasi importo (cfr. il contributo in questo volume su «La disciplina sulle clausole ambientali» sull'art. 57, comma 2).

<sup>13</sup> *Contra* ANAC nella citata Nota Illustrativa al Bando tipo n. 1/2023.

*servati* di cui all'art. 61<sup>14</sup>. Invero, non sempre tutte le finalità sociali indicate da tale disposizione possono essere perseguite congiuntamente, nell'ambito della stessa procedura di affidamento: si pensi alla difficoltà di contemperare, nei casi di cambio appalto, la stabilità occupazionale del precedente aggiudicatario con la promozione dell'occupazione di giovani, donne, disabili e lavoratori svantaggiati.

Si ritiene che questo possibile cortocircuito possa essere risolto in via interpretativa ai sensi dell'art. 4, valorizzando, nonostante il tenore letterale della previsione («devono contenere»), la discrezionalità della stazione appaltante di individuare – ove la situazione concreta lo renda necessario, anche alla luce dei principi di risultato, fiducia e accesso al mercato – la tipologia di finalità sociale da perseguire sulla base delle caratteristiche del singolo affidamento e del suo oggetto<sup>15</sup>.

Con riguardo agli strumenti per assicurare l'effettività di tali clausole sociali di seconda e terza generazione, va nuovamente richiamato l'art. 102 sugli impegni dell'operatore economico. A ben vedere, questa disposizione – nel richiedere allo stesso di illustrare come intende adempiere gli “impegni sociali” e alla stazione appaltante di verificarne l'attendibilità – introduce un meccanismo nella sostanza corrispondente al c.d. “progetto o piano di riassorbimento” il cui utilizzo era stato suggerito dal Consiglio di Stato in sede consultiva per le clausole sociali di seconda generazione. Si tratta di soluzione da giudicare senz'altro con favore che sembra implicare il definitivo superamento della portata generale della (discussa) regola (di origine) pretoria sulla tendenziale irrilevanza in fase di gara degli obblighi posti quali condizioni di esecuzione<sup>16</sup>. Non convince, invece, la

---

<sup>14</sup> Cfr. allegato II.3. Quella di circoscrivere l'ambito applicativo delle clausole sociali di terza generazione ai contratti riservati è una scelta che, al netto di giudizi di merito/opportunità, risulta non del tutto lineare

<sup>15</sup> Il riconoscimento di uno spazio per la discrezionalità della stazione appaltante non implica che quest'ultima possa derogare interamente agli obblighi in questione, non applicando alcuna clausola sociale. Come rilevato da ANAC (cfr., nell'ambito della “Reazione annuale 2023” della stessa Autorità, la comunicazione del 9 giugno 2023 «*Pnrr, il 70% degli appalti avviato in deroga alla clausola sulle assunzioni di giovani e donne*»), ciò è invece avvenuto con riguardo alle clausole di occupazione promozionale di cui all'art. 47 del d.l. n. 77/2021 che, però, prevede espressamente, a determinate condizioni, la possibilità per la stazione appaltante di non inserire tali clausole negli atti di gara.

<sup>16</sup> Regola che, a ben vedere, non appare del tutto coerente con la logica sottesa a diverse previsioni del nuovo Codice, nel senso di una valutazione globale del ciclo di vita dell'intera operazione contrattuale (cfr. art. 1, 21).

scelta di non seguire l'interessante soluzione prevista dall'art. 47 del d.l. n. 77/2021 di rendere *ex lege* obbligatorio l'inserimento negli atti di gara di clausole penali e altri strumenti volti a sanzionare l'inadempimento del contraente degli obblighi di natura sociale: se è vero che la fase dell'esecuzione rappresenta il "tallone d'Achille" della sostenibilità della contrattualistica pubblica, questa soluzione avrebbe rappresentato un importante correttivo.

4. L'aspetto più problematico della disciplina in tema di clausole sociali (e ambientali, su cui cfr. il relativo contributo in questo volume) del Codice del 2023 attiene tuttavia all'assenza di una previsione legittimante in via generale i contratti pubblici sostenibili, tale cioè da orientare la discrezionalità delle stazioni appaltanti al perseguimento di obiettivi c.d. orizzontali e alla produzione di valore pubblico/sociale mediante i loro acquisti. Non è stata infatti riproposta una disposizione corrispondente all'art. 30 comma 1, ultimo periodo, del d.lgs. 50/2016 che consentiva *«nei limiti in cui è espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice»* di subordinare il principio di economicità *«ai criteri, previsti nel bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute, dell'ambiente, del patrimonio culturale e alla promozione dello sviluppo sostenibile, anche dal punto di vista energetico»*.

L'inquadramento di tale "lacuna", e più in generale dell'assenza di riferimenti alla sostenibilità tra i principi del nuovo Codice, richiederebbe una analisi complessiva del nuovo testo normativo (dai principi generali e dal loro effettivo "significato" alle previsioni che consentono e/o impongono alle amministrazioni l'inserimento di considerazioni sociali e ambientali<sup>17</sup>) evidentemente incompatibile con l'economia della presente riflessione. Dovendo quindi semplificare, sembrano possibili 3 distinte soluzioni interpretative.

*i.* si tratterebbe dell'invito del legislatore a guardare ai contratti pubblici *«senza romanticismo, con grande concretezza»*, con un inevitabile ridimensionamento, rispetto al dato normativo previgente, della loro funzione sociale;

---

<sup>17</sup> Tra le previsioni che consentono l'inserimento di considerazioni sociali (o ambientali) vanno senz'altro richiamate l'art. 108 comma 4 (*«l'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, è valutata sulla base di criteri oggettivi, quali gli aspetti qualitativi, ambientali o sociali, connessi all'oggetto dell'appalto»*) e l'art. 113 in tema di condizioni per l'esecuzione del contratto.

*ii.* secondo una soluzione intermedia, il Codice del 2023 avrebbe considerato la finalizzazione dei contratti pubblici al perseguimento di obiettivi di sostenibilità come “compito” preminentemente legislativo più che dell’amministrazione e della sua discrezionalità;

*iii.* non pare tuttavia da escludere a priori una soluzione differente, sicuramente più gradita ai fautori della funzione sociale dei contratti pubblici, secondo cui la scelta delle stazioni appaltanti di orientare la loro discrezionalità al perseguimento di obiettivi di sostenibilità costituirebbe parte integrante del binomio fiducia-risultato. Tale lettura troverebbe fondamento nel considerare la sostenibilità inglobata nel principio del risultato, che infatti deve essere perseguito *«nell’interesse della comunità e per il raggiungimento degli obiettivi dell’Unione europea»* (art. 1); essa, peraltro, si porrebbe in continuità con alcune intuizioni di attenta dottrina, tra cui quella che considera il *value for money* una nozione *«complex and multi-faceted»* il cui concreto significato dipende dalle scelte della stazione appaltante, e quella secondo cui la sostenibilità non può più essere considerata come una deroga al principio di economicità, trattandosi ormai di un elemento intrinseco alla stessa.