

Convegno Nazionale AGI, in Roma, ottobre 2024

Workshop n. 1: Authority e diritto del lavoro

Intervento dell'Avv. Antonio Avino

Art. 11 nuovo codice degli appalti: l'obbligo per la stazione appaltante di indicare il CCL che deve applicare l'appaltatore ai dipendenti impiegati nell'esecuzione dell'appalto pubblico.

ABSTRACT

Storicamente la normativa in materia di *acquisti* di lavori, servizi e forniture da parte delle Pubbliche Amministrazioni era finalizzata ad un unico scopo, quello di garantire il miglior acquisto al prezzo più basso. Il rapporto tra esecutore e propri dipendenti rimaneva confinato nell'ambito civilistico. Anche con l'introduzione dell'art. 36 dello Statuto dei Lavoratori, nella parte in cui ha imposto che nei capitolati di appalto attinenti all'esecuzione (delle sole) opere pubbliche, dovesse essere inserita la clausola espressa determinante l'obbligo per il beneficiario o appaltatore di applicare o di far applicare nei confronti dei lavoratori dipendenti condizioni non inferiori a quelle risultanti dai contratti collettivi di lavoro della categoria e della zona, la tutela dei lavoratori rimaneva relegata nel terreno squisitamente giuslavoristico.

La rilevanza pubblicistica della tutela dei lavoratori che prestano la propria opera in favore dell'appaltatore è avvenuta fundamentalmente grazie alla normativa di rango comunitario/euro unitario che ha affidato all'appalto non solo la storica funzione, ma anche quella di raggiungere obiettivi sociali quali la tutela dei lavoratori, dell'ambiente, la limitazione del gap di genere e di generazione ecc.

Limitando la relazione alla tutela dei lavoratori, si rammentano le clausole sociali, rese obbligatorie con il D. Lgs 50/2016 (c.d. *secondo codice degli appalti*), tese a garantire i lavoratori nel c.d. cambio appalto, nonché le norme che imponevano il rispetto di un certo standard derivante dai CCL.

La rilevanza pubblicistica era concretata dalla sanzione connessa al mancato rispetto della normativa appena citata: l'esclusione del concorrente dalla.

Tuttavia la giurisprudenza riteneva inibito alla stazione appaltante l'indicazione del CCNL applicabile a pena di esclusione, potendo la stazione appaltante, in sede di verifica dell'offerta, ritenere anomala quella che non rispettava gli standard, con la conseguente esclusione del concorrente.

Con una disposizione assolutamente innovativa, l'art. 11 del D. Lgs. n. 36/2023 (c.d. *terzo codice degli appalti*), dopo aver premesso che << Al personale impiegato nei lavori, servizi e forniture oggetto di appalti pubblici e concessioni è applicato il contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro, stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e quello il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente >>, prevede che << nei bandi e negli inviti le stazioni appaltanti e gli enti concedenti indicano il contratto collettivo applicabile al personale dipendente impiegato nell'appalto o nella concessione >>, facendo salva la possibilità che il concorrente

indichi <<nella propria offerta il differente contratto collettivo da essi applicato, purché garantisca ai dipendenti le stesse tutele di quello indicato dalla stazione appaltante o dall'ente concedente>>.

Come noto, i *codici appalti* domestici sono adottati per introdurre in Italia la normativa non *self executing* recata dalle Direttive UE, che hanno, tra i pilastri fondanti, la realizzazione di un'effettiva libertà di concorrenza, nelle sue varie declinazioni.

Dal che deriva che ogni normativa a tutela di determinati soggetti o valori deve sempre essere coniugata con il rispetto del principio della libera concorrenza e, quindi, con la libertà concessa all'imprenditore di organizzare i fattori della produzione.

Non è quindi un caso se le clausole sociali in tanto sono ammesse, in quanto non limitino oltre il necessario la libertà organizzativa degli operatori economici.

A seguito delle sentenze della Corte di Giustizia Europea, onde fornire indicazioni pratiche sull'applicazione delle clausole sociali, è intervenuta l'ANAC con apposite *Linee guida*.

Non stupisce, pertanto, se il legislatore del 2023, dopo aver imposto alle stazioni appaltanti di indicare il CCL applicabile, ha lasciato liberi i concorrenti di formulare la propria offerta anche impiegando un diverso CCL, purché equivalente al primo quanto a tutele contrattuali.

Diversi sono quindi i profili giuridici che l'art. 11 impone di risolvere, soprattutto l'individuazione del corretto CCL (c.d. *leader*) da indicare nei bandi e negli avvisi, tenuto conto dell'elevato numero di CCL, il rapporto con la libertà d'impresa, il divieto di *dumping* a danno dei lavoratori, l'individuazione di criteri certi che guidino la stazione appaltante per valutare la sussistenza dell'equivalenza, in modo particolare quando la stazione appaltante ha indicato diversi CCL per ciascuna fase dell'oggetto dell'appalto, l'applicabilità dell'art. 11 anche agli affidamenti diretti.

L'ANAC, con la Nota Illustrativa al Bando tipo 1/2023, è prontamente intervenuta per fornire indicazioni alle stazioni appaltanti e agli operatori economici e la giurisprudenza inizia ad affrontare la tematica introdotta dall'art. 11 e da altri articoli comunque connessi.

La giurisprudenza amministrativa, con una perspicua Ordinanza (TAR Brescia, Ord. 12.3.2024, n. 89) ha delineato i confini applicativi dell'art. 11, giungendo anche a ritenere lecito, purché equivalente a quello indicato dalla stazione appaltante, che il concorrente mantenga il CCL applicato ai propri dipendenti, anche se, in base alle ripartizioni della CCL, si collocherebbe in altro settore economico.

L'intervento al *workshop* si propone di dare un contributo per, si spera, chiarire la portata della novità.