

DIRITTO & PRATICA DEL LAVORO

INSERTO 2023

40

Inserto

NOVITÀ PER IL LAVORO NEL CODICE DEGLI APPALTI PUBBLICI

Vitantonio Lippolis



Solo Wolters Kluwer ti permette di consultare i numeri delle tue riviste dove e quando vuoi, dal tuo PC, Tablet o Smartphone con la possibilità aggiuntiva di archiviare, rileggere e condividere gli articoli di tuo interesse.

In più puoi accedere ad Edicola Professionale: il più ricco patrimonio bibliografico dove trovare velocemente i contributi delle tue riviste e quanto pubblicato sull'argomento dalle altre testate IPSOA, CEDAM, UTET Giuridica e il fisco... con una sola ricerca!

www.edicolaprofessionale.com



Wolters Kluwer

Sommario

Individuazione del Ccnl di riferimento.....	III
Utilizzo di un diverso Ccnl.....	V
Requisiti per la partecipazione e cause di esclusione	VII
Clausole sociali.....	IX
Subappalto.....	X
Responsabilità solidale	XII
Intervento sostitutivo della Stazione appaltante	XIII

Novità per il lavoro nel Codice degli appalti pubblici

Vitantonio Lippolis - INL, Direzione Centrale Vigilanza e Sicurezza del Lavoro

Il 1° aprile 2023 è entrato in vigore il D.Lgs. n. 36/2023 (1), recante il nuovo Codice dei contratti pubblici - attuativo della delega contenuta nell'art. 1 della legge n. 78/2022. (2)

Questo decreto, meglio noto come il “Codice degli appalti pubblici”, si pone l’obiettivo di riorganizzare in modo sistematico la materia dei contratti pubblici ma contiene anche rilevanti disposizioni per gli operatori sotto il **profilo giuslavoristico** e per il rispetto dei diritti dei lavoratori che vengono impiegati.

La tutela dei **diritti dei lavoratori impiegati nei contratti pubblici**, difatti, è fondamentale per le seguenti principali ragioni:

- **responsabilità sociale:** i contratti pubblici spesso coinvolgono grandi progetti o forniture di servizi che possono avere un impatto significativo sulla società e sull’economia locale; assicurare che i lavoratori coinvolti in questi progetti siano trattati equamente e che i loro diritti siano rispettati è una manifestazione di responsabilità sociale da parte delle Autorità pubbliche;

- **evitare lo sfruttamento:** la mancanza di tutela dei diritti dei lavoratori può portare allo sfruttamento, in cui i lavoratori sono sottopagati, lavorano in condizioni pericolose o subiscono altre forme di abuso; questo non solo danneggia i lavoratori, ma può anche determinare risultati di bassa qualità nei progetti pubblici;

- **promozione dell’occupazione locale:** nelle gare d’appalto pubblico, spesso vengono considerati i vantaggi derivanti dall’assunzione di lavoratori locali; la tutela dei diritti dei lavoratori può incentivare le imprese a impiegare lavoratori della comunità locale,

contribuendo così all’occupazione e al benessere della Regione;

- **rispetto delle leggi** nazionali e internazionali: nel nostro Paese ci sono norme che stabiliscono *standard* minimi per i diritti dei lavoratori, come il salario minimo contrattuale, l’orario di lavoro massimo e la sicurezza sul luogo di lavoro; inoltre, ci sono Accordi internazionali che promuovono questi stessi principi, come le Convenzioni dell’Organizzazione Internazionale del Lavoro (ILO); per queste ragioni i contratti pubblici devono rispettare queste leggi e accordi;

- **evitare controversie legali:** non tutelare i diritti dei lavoratori nei contratti pubblici può portare a controversie legali costose e a lungo termine tra le Autorità pubbliche e le imprese della catena degli appalti. La chiarezza e l’aderenza ai principi dei diritti dei lavoratori possono ridurre il rischio di contenzioso.

In sintesi, la tutela dei diritti dei lavoratori nei contratti pubblici è essenziale per promuovere una società giusta, garantire la qualità dei progetti pubblici e rispettare le leggi nazionali e internazionali.

Individuazione del Ccnl di riferimento

Per dare concretezza all’esigenza di tutelare i diritti dei lavoratori impiegati negli appalti pubblici è fondamentale l’individuazione del contratto collettivo adeguato e confacente alle attività svolte dagli stessi lavoratori. A tal proposito, il primo passo che la Stazione appaltante deve effettuare è quello di specificare, nel bando di gara, l’**oggetto dell’appalto** mediante l’indicazione del CPV (*Common Procurement Vocabulary*) (3) più prossimo al servizio/fornitura da af-

(1) D.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 77, serie generale, del 31 marzo 2023, suppl. ord. n. 12/L.

(2) Si precisa che, ai sensi dell’art. 229 del D.Lgs. n. 36/2023, le disposizioni del nuovo Codice, pur entrando in vigore il 1° aprile 2023 con i relativi allegati, hanno acquistato efficacia il 1° luglio 2023. Il previgente D.Lgs. n. 50/2016 è, dunque, abrogato in pari data e le relative disposizioni continuano

ad applicarsi esclusivamente ai procedimenti in corso, ovvero alle procedure per le quali i bandi o gli avvisi siano stati pubblicati prima della suddetta data.

(3) Il vocabolario comune per gli appalti pubblici («<https://simap.ted.europa.eu/web/simap/cpv>») è un sistema unico di classificazione applicabile agli appalti pubblici. È stato introdotto a livello europeo con il Regolamento (Ce) n. 2195/2002 e, successivamente, modificato con il Regolamento (Ce) n.

Inserto

fidare. La corretta indicazione di questo codice risulta essenziale e funzionale anche in relazione al successivo passo che è rappresentato dalla necessità di individuare il corretto inquadramento contrattuale dei lavoratori subordinati impegnati nell'appalto.

Difatti, in continuità con la previgente disciplina (4), l'art. 11, commi 1 e 2, del D.Lgs. n. 36/2023 (di seguito Codice), le stazioni appaltanti e gli enti concedenti debbono indicare, nei bandi di gara o negli inviti, il **contratto collettivo nazionale applicabile** al personale dipendente impiegato nell'appalto o nella concessione, individuandolo tra i contratti 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. (5)

In considerazione della frammentazione ed eterogeneità dei contratti collettivi anche nell'ambito del medesimo settore produttivo, la disposizione va nella condivisibile direzione di restringere l'ambito di discrezionalità dell'operatore economico inducendolo ad optare per un Ccnl che garantisca, ai lavoratori impiegati negli appalti pubblici, migliori tutele dal punto di vista economico e normativo. Il rispetto dei parametri economici del **contratto collettivo leader** è altresì funzionale a garantire il **divieto di ribasso sui costi della manodopera in fase di gara**, assicurando così il rispetto del «principio di libera concorrenza nell'affidamento delle commesse pubbliche». (6)

Questa previsione, peraltro, non pare in contrasto col principio di libertà sindacale di cui all'art. 39 Cost. in quanto non è diretta a estendere *ex lege ed erga omnes* l'efficacia del contratto collettivo, ma si limita piuttosto 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.

A fronte di questa regola generale esistono, tuttavia, alcune **limitate eccezioni**: i contratti di servizi aventi natura intellettuale e le forniture senza posa in opera

per i quali non sussiste l'obbligo di applicare i Contratti collettivi *leader*. (7)

L'individuazione del contratto collettivo "corretto" ovvero "adeguato" è un compito tutt'altro che agevole al quale, tuttavia, l'Autorità nazionale anticorruzione (Anac) - grazie anche ad una proficua sinergia attivata nell'ambito di un tavolo tecnico istituito con il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, l'Ispettorato Nazionale del Lavoro, il Cnel, l'Inps, Cgil, Cisl e Uil - ha dato un rilevante contributo. Difatti, l'**Anac**, mediante la «**Relazione illustrativa sul Bando tipo n. 1/2023**» approvata dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 309 del 27 giugno 2023, ha fornito importanti **indicazioni operative** finalizzate all'**individuazione del Ccnl** da indicare nei documenti di gara e per le valutazioni in merito alla determinazione delle tutele economiche e normative equivalenti (nel caso in cui l'operatore economico indichi l'applicazione di un differente contratto). (8)

Queste indicazioni prevedono che, preliminarmente, la Stazione appaltante individui il **Ccnl più attinente rispetto all'oggetto dell'appalto e alle attività da eseguire** (e non più sulla base dell'attività prevalente esercitata dall'impresa come, invece, si è sempre sostenuto in passato sulla base dell'art. 2070 c.c.).

Per fare ciò, la Stazione appaltante deve:

- identificare il **settore di attività** oggetto dell'appalto utilizzando la prima lettera del Codice Ateco reperibile sul sito internet istituzionale dell'Istat al link «<https://www.istat.it/it/archivio/17888>»; (9)
- verificare, sull'**archivio contratti del Cnel**, quali siano i contratti collettivi applicabili all'attività oggetto dell'appalto come sopra identificata. Tra questi, ai sensi dell'art. 11 del Codice, vanno selezionati i contratti stipulati dalle Organizzazioni comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, tra cui individuare il Ccnl da applicare ai lavoratori impiegati nell'appalto o nella concessione. Per fare ciò, la fonte da prendere come riferimento è rappresentata dai dati Inps/Cnel che, attraverso il sistema del codice alfanumerico presente nei flussi UniEmens, individua il numero dei lavoratori ai quali un determinato contratto collettivo di lavoro si applica. Il Cnel ha recentemente operato un aggiornamento dell'Archivio introducendo, alla pagina «<https://www.cnel.it/Archivio-Con>

213/2008. È composto da un vocabolario principale a nove cifre, per la descrizione di forniture, lavori o servizi oggetto dell'appalto, e da un vocabolario supplementare di cinque caratteri alfanumerici, che può essere utilizzato per completare la descrizione dell'oggetto fornendo dettagli aggiuntivi sulla natura o sulla destinazione del bene da acquistare.

(4) Cfr. art. 30, D.Lgs. n. 50/2016 (abrogato).

(5) Si rammenta che è tutt'ora vigente l'art. 36 della legge n. 300/1970 (Statuto dei lavoratori) secondo cui «(...) nei capitolati di appalto attinenti all'esecuzione di opere pubbliche, deve essere inserita la clausola esplicita 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 (...)».

(6) Cfr. Cons. di Stato, sez. V, 9 giugno 2023 n. 5665, in

One Legale, Wolters Kluwer.

(7) Cfr. art. 57 del Codice. L'esclusione è prevista anche in considerazione della difficoltà di individuare un Ccnl di riferimento per i servizi aventi natura intellettuale, e dell'applicazione del principio dell'equo compenso, come previsto dalla legge n. 49/2023.

(8) Cfr. Anac, Relazione illustrativa sul Bando tipo n. 1/2023, approvata dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 309 del 27 giugno 2023 e pubblicata sul sito internet dell'Autorità stessa in data 19 luglio 2023.

(9) La Relazione Anac fa presente che sono reperibili *online* tabelle di raffronto tra codice Ateco e codice Cpv utilizzabili per correlare correttamente i due dati e che alcune piattaforme di approvvigionamento digitale mettono a disposizione una funzione che consente di individuare quali codici Cpv corrispondono ad un certo codice Ateco-Nace e viceversa.

tratti», la cartella excel «Ccnl - settore privato» contenente il foglio «5. Ateco da 1° a 6° cifra». Tale foglio associa, al campo di applicazione di ciascun Ccnl, i codici Ateco dalla prima alla sesta cifra, consentendo alle stazioni appaltanti la scelta del livello di classificazione Ateco strettamente connesso alle prestazioni oggetto del contratto; (10)

Per l'**individuazione delle organizzazioni comparativamente più rappresentative**, si rammenta che il Ministero del Lavoro, anche sulla base della giurisprudenza consolidata della Suprema Corte, aveva individuato i seguenti **indici sintomatici** da tenere in considerazione: (11)

- numero complessivo dei lavoratori occupati;
- numero complessivo delle imprese associate;
- diffusione territoriale (numero di sedi presenti sul territorio e ambiti settoriali);
- numero dei contratti collettivi nazionali sottoscritti.

Vi sono anche **altri criteri** da utilizzare allo scopo quali:

- presenza di tabelle del costo del lavoro elaborate dal Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali che, in linea generale, vengono elaborate sulla base dei Ccnl ritenuti maggiormente rappresentativi in quello specifico settore economico; (12)
- composizione del Consiglio del Cnel che, come è noto, viene periodicamente rinnovato nei suoi componenti all'esito di una attenta valutazione e comparazione dei dati raccolti sulle singole organizzazioni che chiedono di essere inserite in tale organismo;
- archivio dei contratti del Cnel dal quale è possibile ricavare un indice numerico che rileva il numero di lavoratori a cui si applica ogni singolo contratto collettivo. (13)

Nei settori in cui sono **presenti imprese di diversa natura** (ad es., artigiani, cooperative, piccole e medie

imprese e grandi imprese) con distinti contratti, l'Anac afferma che «si può ritenere esistere equivalenza nel caso di utilizzo di Ccnl sottoscritti dalle medesime Oo.Ss. firmatarie, ma organizzazioni datoriali diverse in base alla dimensione o alla natura giuridica delle imprese, purché ovviamente ai lavoratori dell'operatore economico venga applica il contratto corrispondente alla dimensione o natura giuridica».

Utilizzo di un diverso Ccnl

Agli operatori economici partecipanti ad una gara d'appalto pubblica è **consentito applicare un Ccnl anche diverso** da quello individuato dalla Stazione appaltante. In tal caso, tuttavia, è necessario indicarlo preventivamente all'interno dell'offerta ed è fondamentale che il differente contratto garantisca comunque ai dipendenti le stesse tutele economiche e normative di quello indicato dalla Stazione appaltante nel bando. (14)

In tali casi, **prima di procedere all'affidamento o all'aggiudicazione**, la Stazione appaltante acquisisce la dichiarazione con la quale l'operatore economico individuato si impegna ad applicare il contratto collettivo nazionale e territoriale indicato nell'esecuzione delle prestazioni oggetto del contratto per tutta la sua durata, ovvero la **dichiarazione di equivalenza** delle tutele. (15) In quest'ultimo caso, la dichiarazione è verificata dalla Stazione appaltante con le modalità di cui all'art. 110 dello stesso Codice, sia per la parte economica che normativa. (16)

Rientra tra i compiti della Stazione appaltante quello di garantire che le medesime tutele economiche e normative siano estese anche ai lavoratori eventualmente impiegati in **subappalto**. A questo scopo la Relazione dell'Anac raccomanda l'utilizzo dell'appli-

(10) Sarebbe opportuno ricorrere a classificazioni omogenee tra codice Cnel e codice Inps anche al fine di implementare modelli di verifica dell'incidenza della manodopera, quali il MoCOA utilizzato dall'Istituto previdenziale.

(11) Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, interpello 15 dicembre 2015, n. 27.

(12) Art. 41, comma 13, D.Lgs. n. 36/2023: «Per i contratti relativi a lavori, servizi e forniture, il costo del lavoro è determinato annualmente, in apposite tabelle, dal Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali sulla base dei valori economici definiti dalla contrattazione collettiva nazionale tra le organizzazioni sindacali e le organizzazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative, delle norme in materia previdenziale ed assistenziale, dei diversi settori merceologici e delle differenti aree territoriali. In mancanza di contratto collettivo applicabile, il costo del lavoro è determinato in relazione al contratto collettivo del settore merceologico più affine a quello preso in considerazione. Per i contratti relativi a lavori, il costo dei prodotti, delle attrezzature e delle lavorazioni è determinato facendo riferimento ai prezzi correnti alla data dell'approvazione del progetto riportati nei prezzari predisposti dalle regioni e dalle province autonome o adottati dalle stazioni appaltanti e dagli enti concedenti che, in base alla natura e all'oggetto dell'appalto, sono autorizzati a non applicare quelli regionali. I criteri di formazione ed aggiornamento dei prezzari regionali sono definiti nell'allegato I.14. In sede di prima applicazione del presente Codice, l'allegato I.14 è abrogato a decorrere dalla

data di entrata in vigore di un corrispondente regolamento adottato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, con decreto del Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti, previo parere del Consiglio superiore dei lavori pubblici e dell'Istituto nazionale di statistica (Istat), nonché previa intesa in sede di Conferenza permanente per i rapporti fra lo Stato, le Regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, che lo sostituisce integralmente anche in qualità di allegato al Codice. In mancanza di prezzari aggiornati, il costo è determinato facendo riferimento ai listini ufficiali o ai listini delle locali Camere di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura oppure, in difetto, ai prezzi correnti di mercato in base al luogo di effettuazione degli interventi».

(13) Nella Relazione illustrativa sul Bando tipo n. 1/2023, l'Anac fa presente che il Cnel ha manifestato la propria disponibilità a prestare assistenza alle Stazioni appaltanti in merito all'utilizzo delle funzionalità dell'Archivio contratti.

(14) Art. 11, comma 3, D.Lgs. n. 36/2023.

(15) Nel caso di mancata presentazione della dichiarazione, la Stazione appaltante dovrà procedere con la formale richiesta, assegnando un congruo tempo per la relativa produzione. La dichiarazione deve contenere tutti gli elementi necessari per la Stazione appaltante per accertare che l'operatore economico garantisca almeno le stesse tutele ai propri dipendenti in merito alle tutele normative ed economiche del Ccnl di riferimento.

(16) V. art. 11, comma 4, D.Lgs. n. 36/2023.

Inserto

cativo Inps «Monitoraggio Congruità Occupazionale Appalti» (MoCOA) (17) che, attraverso un'attività di *data crossing* tra i dati dei lavoratori impiegati (noti al committente) e quelli effettivamente denunciati in UniEmens dagli appaltatori/subappaltatori, consente di potenziare i processi di **verifica della congruità degli adempimenti contributivi** delle imprese affidatarie e di eventuali imprese subappaltatrici in termini di manodopera regolarmente denunciata e impiegata negli appalti/subappalti. (18)

Nonostante le raccomandazioni espresse dall'Anac, resta comunque il gravoso problema della verifica, da parte della Stazione appaltante, dell'equivalenza fra il Ccnl individuato nel bando di gara e quello diverso ma asseritamente equivalente eventualmente adottato dall'operatore economico/appaltatore/subappaltatore.

Si tratta di un compito piuttosto articolato e complesso al quale, tuttavia, viene in aiuto l'**Ispettorato Nazionale del Lavoro con la circolare n. 2 del 28 luglio 2020** per mezzo della quale vengono fornite istruzioni in merito ai controlli da effettuare sul rispetto della contrattazione collettiva ai fini della fruizione dei benefici normativi e contributivi. Difatti, su conforme parere dell'Ufficio legislativo del Ministero del Lavoro, l'Inl ha elaborato una sorta di *check-list* degli istituti contrattuali che il personale ispettivo deve esaminare per accertare in concreto quale sia il trattamento economico e normativo effettivamente garantito ai lavoratori e se lo stesso sia equiparabile, o meno, a quello previsto dai contratti collettivi stipulati dalle Organizzazioni sindacali dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale (c.d. "**contratti leader**"). (19)

Il dato da cui partire è ovviamente rappresentato dalla **verifica di congruità della retribuzione** concretamente corrisposta dal datore di lavoro ai propri dipendenti che, secondo il dettato Costituzionale, deve essere «proporzionata alla quantità e qualità del lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa». (20) Il "**giusto compenso**" non deve essere inferiore a quello previsto dai contratti "*leader*".

Al riguardo l'Inl fa presente che, per la verifica di eventuali scostamenti rispetto al trattamento retributi-

vo dei Ccnl "*leader*", si farà riferimento alla c.d. "**retribuzione globale annua**", da intendersi quale somma della retribuzione annua lorda composta da particolari elementi fissi della retribuzione e da quelli variabili (questi ultimi da considerare solo se siano considerati come parte del trattamento economico complessivo definito dal contratto collettivo nazionale di categoria). Dalla comparazione andrà invece esclusa la retribuzione accessoria e variabile non compresa nel trattamento economico complessivo (Tec).

L'Agenzia non nasconde, ovviamente, le difficoltà che spesso si nascondono dietro questo genere di confronti in quanto vanno prese in considerazione una molteplicità di variabili che, in concreto, possono rendere particolarmente arduo il giudizio di equivalenza sul trattamento economico; fra le **problematiche più frequenti** vi sono:

- i livelli retributivi dei Ccnl potrebbero non essere allineati;
- a parità di livelli retributivi, le mansioni potrebbero essere distribuite in maniera diversa (ad es. raggruppando mansioni corrispondenti a più livelli retributivi, in un unico livello inferiore);
- la diversità del numero delle mensilità può comportare conseguenze negative sull'erogazione di somme dovute a diverso titolo che vengono determinate sulla base della retribuzione media globale giornaliera (es. indennità di maternità, indennità di malattia ed infortunio, indennità di preavviso);
- la disciplina degli scatti di anzianità potrà essere differente quanto al numero massimo, alla loro periodicità ed al loro ammontare in funzione, ancora una volta, dei livelli retributivi.

Una volta accertata l'equivalenza (o l'eventuale trattamento economico *in melius*) in base ai suddetti criteri, l'analisi dovrà successivamente concentrarsi sulla comparazione degli istituti contrattuali a contenuto normativo. (21)

A questo riguardo l'Inl evidenzia che alcuni istituti possono essere legittimamente disciplinati da qualsiasi contratto collettivo, a prescindere da una valutazione del grado di rappresentatività dei soggetti firmatari. (22) In questi casi, tuttavia, fermo restando la possibilità di introdurre dei trattamenti di miglior favore,

(17) Cfr. Inps, messaggio 27 gennaio 2022, n. 428 «Trasparenza, condivisione e correttezza negli appalti. Rilascio dell'applicativo MoCOA».

(18) I committenti, durante tutto il corso dell'appalto, avranno così la possibilità di avere conferma o meno del rispetto degli impegni assunti dagli appaltatori all'atto del conferimento dell'appalto in termini di manodopera regolarmente denunciata. Il sistema, infatti, elabora un *report* mensile denominato «Documento Congruità Occupazionale Appalti» (DoCOA), che evidenzia eventuali discordanze e/o incongruenze nei dati dichiarati in UniEmens e quelli registrati in MoCOA.

(19) L'Inl rammenta che, in base ad un costante orientamento giurisprudenziale, il grado di rappresentatività delle Oo.Ss. viene effettuata periodicamente dal Ministero del Lavoro per mezzo della valutazione complessiva dei seguenti elementi: consistenza numerica degli associati delle singole Organizzazioni; ampiezza e diffusione delle strutture organizzative;

partecipazione alla formazione e stipulazione dei Ccnl; partecipazione alla trattazione delle controversie di lavoro, individuali, plurime e collettive.

(20) Art. 36, comma 1, Costituzione.

(21) Difatti, si legge nella circolare n. 2/2020 dell'Inl, «L'analisi sugli aspetti normativi del contratto collettivo potrà peraltro essere pretermessa allorché siano riscontrati scostamenti nel trattamento retributivo applicato ai lavoratori, elemento di per sé sufficiente a revocare i benefici normativi e contributivi ai sensi dell'art. 1, comma 1175, legge n. 296/2006».

(22) L'Inl, richiamando l'art. 51 del D.Lgs. n. 81/2015, evidenzia che la disciplina, la deroga (anche "*in pejus*") e l'integrazione di alcuni istituti è riservata dal Legislatore in via esclusiva ai contratti collettivi "*leader*". Fra questi rientrano certamente le disposizioni relative: *i)* alle collaborazioni coordinate e continuative (art. 2, D.Lgs. n. 81/2015); *ii)* alle ulteriori ipotesi di assegnazione di mansioni appartenenti al livello di inquadra-

andrà fatta una **valutazione comparativa di equivalenza** tra il trattamento garantito dal datore di lavoro ai propri dipendenti ed il trattamento previsto dal Ccnl “*leader*”, riferimento minimo al di sotto del quale non è comunque lecito scendere. In particolare, l’Agenzia fornisce la seguente sintetica elencazione (suscettibile di future eventuali integrazioni) dei **trattamenti normativi** da considerare allo scopo:

- 1) la disciplina concernente il lavoro supplementare e le clausole elastiche nel *part-time*, con particolare riguardo al limite massimo percentuale dell’aumento della durata della prestazione che il datore di lavoro può richiedere (ad un minor numero di ore corrisponde una maggior tutela del lavoratore);
- 2) la disciplina del lavoro straordinario, con particolare riferimento ai suoi limiti massimi. A questo proposito, poiché il Legislatore riserva solo ai contratti “*leader*” la possibilità di introdurre deroghe *in peius* in materia, se il Ccnl “*leader*” avesse individuato un numero di ore annuali superiore alle 250 previste dall’art. 5 del D.Lgs. n. 66/2003, non altrettanto potrà fare il Ccnl sottoscritto da soggetti privi del requisito della maggiore rappresentatività;
- 3) la disciplina compensativa delle *ex festività* sopresse, che normalmente avviene attraverso il riconoscimento di permessi individuali;
- 4) la durata del periodo di prova;
- 5) la durata del periodo di preavviso;
- 6) la durata del periodo di comportamento in caso di malattia e infortunio;
- 7) la malattia e l’infortunio, con particolare riferimento al riconoscimento di un’eventuale integrazione delle relative indennità;
- 8) la maternità ed eventuale riconoscimento di un’integrazione della relativa indennità per astensione obbligatoria e facoltativa;

9) il monte ore di permessi retribuiti;

10) la bilateralità;

11) la previdenza integrativa;

12) la sanità integrativa.

La Stazione appaltante, dunque, potrà ritenere **sussistente l’equivalenza normativa** in presenza di scostamenti marginali limitati ad un massimo di due parametri fra quelli suindicati. (23)

L’Anac, nella relazione illustrativa sul Bando tipo n. 1/2023, ribadisce che **non sono ammesse giustificazioni** in relazione a trattamenti **salari minimi inderogabili** e agli **oneri di sicurezza**. (24)

L’Inl, infine, in risposta ad un quesito pervenuto da parte di un’Associazione di categoria, ha avuto modo di chiarire che, in caso di controlli nell’ambito degli appalti pubblici, qualora il **personale ispettivo** riscontrerà l’applicazione di **contratti collettivi privi dei requisiti previsti** dall’art. 11 del D.Lgs. n. 36/2023, ivi compreso il requisito della stretta connessione con l’attività oggetto dell’appalto, il medesimo **informerà la Stazione appaltante e provvederà ai necessari recuperi contributivi e retributivi**. (25)

Requisiti per la partecipazione e cause di esclusione

Per poter partecipare ad una gara di appalto pubblico gli operatori economici devono essere in possesso, a pena di esclusione, di determinati requisiti (di ordine generale, speciale, professionale, di capacità economica e finanziaria, tecnica, ecc.) previsti dal Codice e dalle leggi vigenti.

Per quanto di interesse in questa sede, il D.Lgs. n. 36/2023 indica quelli riconducibili agli aspetti lavorativi fra i **requisiti di ordine generale** previsti dagli artt. 94 e 95.

D.Lgs. n. 36/2023	Causa di esclusione	Automatica	Previo contraddittorio tra Stazione appaltante e operatore economico
Art. 94, c. 5, lett. a)	L’operatore economico destinatario di provvedimenti cautelare di sospensione dell’attività imprenditoriale previsto dall’art. 14 del D.Lgs. n. 81/2008. L’esclusione non opera quando il provvedimento di sospensione non ha, di fatto, spiegato alcun effetto ovvero, nell’ipotesi in cui l’efficacia di tale provvedimento sia stata differita rispetto alla sua adozione e, nel frattempo, sia intervenuto il relativo provvedimento di revoca	SI	No
Art. 94, c. 5, lett. b)	L’operatore economico che occupa un numero pari o superiore a 15 dipendenti che non abbia presentato la certificazione di cui all’art. 17 della legge n. 68/1999, ovvero non abbia presentato	SI	No

mento inferiore (art. 3, D.Lgs. n. 81/2015); *iii*) alle ipotesi di ricorso al lavoro intermittente (art. 13, D.Lgs. n. 81/2015); *iv*) ai limiti di durata e i limiti quantitativi del contratto a tempo determinato (artt. 19 e 23, D.Lgs. n. 81/2015); *v*) all’individuazione delle attività stagionali (art. 21, D.Lgs. n. 81/2015); *vi*) alla disciplina del contratto di apprendistato (art. 42 e ss., D.Lgs. n. 81/2015); *vii*) alla disciplina sui tempi di lavoro (D.Lgs. n. 66/2003). Conseguentemente i contratti sottoscritti da Oo.Ss. prive del requisito della maggiore rappresentatività in termini

comparativi non possono legittimamente introdurre alcuna deroga alle suddette sette clausole.

(23) Cfr. Anac, Relazione illustrativa sul Bando tipo n. 1/2023 approvata dal Consiglio dell’Autorità con delibera n. 309 del 27 giugno 2023 e pubblicata sul sito internet dell’Autorità stessa in data 19 luglio 2023.

(24) Cfr. art. 110, comma 4, D.Lgs. n. 36/2023.

(25) Inl, nota 19 aprile 2023, n. 687.

Inserto

D.Lgs. n. 36/2023	Causa di esclusione	Automatica	Previo contraddittorio tra Stazione appaltante e operatore economico
	dichiarazione sostitutiva della sussistenza del medesimo requisito (regolare assolvimento degli obblighi relativi al diritto al lavoro dei disabili) (*)		
Art. 94, c. 5, lett. c)	Gli operatori economici che occupano oltre 50 dipendenti, che non consegnano, al momento della presentazione dell'offerta, copia dell'ultimo rapporto periodico sulla parità di genere redatto ai sensi dell'art. 46, del D.Lgs. n. 198/2006, unitamente all'attestazione di conformità a quello già trasmesso alle Rappresentanze sindacali aziendali e ai Consiglieri regionali di parità ovvero, in mancanza di tale precedente trasmissione, unitamente all'attestazione della sua contestuale trasmissione alle Rappresentanze sindacali aziendali e alla Consigliera e al Consigliere regionale di parità	Si	No
Art. 94, c. 6 Allegato II.10.	L'operatore economico che ha commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, degli obblighi relativi al pagamento dei contributi previdenziali, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti. Costituiscono gravi violazioni in materia contributiva e previdenziale quelle ostative al rilascio del documento unico di regolarità contributiva (Durc), di cui al D.M. 30 gennaio 2015 (MIps), ovvero delle certificazioni rilasciate dagli Enti previdenziali di riferimento non aderenti al sistema dello Sportello unico previdenziale (**) Al riguardo si considera mezzo di prova il DURC acquisito d'ufficio dalle stazioni appaltanti presso gli istituti previdenziali ai sensi della normativa vigente	Si	No
Art. 95, c. 1, lett. a)	L'operatore economico a carico del quale sussistono gravi infrazioni, debitamente accertate con qualunque mezzo adeguato, alle norme in materia di salute e di sicurezza sul lavoro nonché agli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dalla normativa europea e nazionale, dai contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali elencate nell'Allegato X alla Dir. 2014/24/UE	No	Si
Art. 95, c. 2, lett. a) Allegato II.10.	La Stazione appaltante esclude altresì un operatore economico qualora ritenga che lo stesso ha commesso gravi violazioni non definitivamente accertate agli obblighi relativi al pagamento dei contributi previdenziali. Costituiscono gravi violazioni in materia contributiva e previdenziale quelle ostative al rilascio del Documento unico di regolarità contributiva (Durc), di cui al D.M. 30 gennaio 2015 (MIps), ovvero delle certificazioni rilasciate dagli Enti previdenziali di riferimento non aderenti al sistema dello Sportello unico previdenziale. La gravità va in ogni caso valutata anche tenendo conto del valore dell'appalto. Questa esclusione non si applica quando l'operatore economico ha ottemperato ai suoi obblighi pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare le imposte o i contributi previdenziali dovuti, compresi eventuali interessi o sanzioni, oppure quando il debito tributario o previdenziale sia comunque integralmente estinto, purché l'estinzione, il pagamento o l'impegno si siano perfezionati anteriormente alla scadenza del termine di presentazione dell'offerta, oppure nel caso in cui l'operatore economico abbia compensato il debito tributario con crediti certificati vantati nei confronti della Pubblica Amministrazione. La violazione grave si considera non definitivamente accertata, e pertanto valutabile dalla Stazione appaltante per l'esclusione dalla partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici, quando siano decorsi inutilmente i termini per adempiere all'obbligo di pagamento e l'atto impositivo o la cartella di pagamento siano stati tempestivamente impugnati. In questo caso le violazioni non rilevano ai fini dell'esclusione dell'operatore economico dalla partecipazione alla procedura d'appalto se in relazione alle stesse è intervenuta una pronuncia giurisdizionale favorevole all'operatore economico non passata in giudicato, sino all'eventuale riforma della stessa o sino a che la violazione risulti definitivamente accertata, ovvero se sono stati adottati provvedimenti di sospensione giurisdizionale o amministrativa.	No	Si

D.Lgs. n. 36/2023	Causa di esclusione	Automatica	Previo contraddittorio tra Stazione appaltante e operatore economico
<p>(*) Al fine di evitare che irregolarità e carenze meramente formali della domanda possano pregiudicare gli operatori economici più meritevoli, l'art. 14 del Bando tipo n. 1/2023 - Schema disciplinare di gara redatto dall'Anac - prevede che, mediante l'istituto del soccorso istruttorio previsto dall'art. 101 del Codice, sono sanabili l'omessa dichiarazione sull'aver assolto agli obblighi di cui alla legge n. 68/1999 e, per i concorrenti che occupano oltre 50 dipendenti, l'omessa presentazione di copia dell'ultimo rapporto periodico sulla situazione del personale maschile e femminile, redatto ai sensi dell'art. 46 del D.Lgs. n. 198/2006, nonché la trasmissione dello stesso alle Rappresentanze sindacali e ai Consiglieri regionali di parità, purché redatto e trasmesso in data anteriore al termine per la presentazione delle offerte.</p> <p>(**) Il Durc è il certificato che, sulla base di un'unica richiesta, attesta contestualmente la regolarità di un operatore economico per quanto concerne gli adempimenti degli obblighi legislativi e contrattuali nei confronti dell'Inps, dell'Inail, della Cassa edile (per quest'ultima con riguardo esclusivamente alle imprese classificate o classificabili ai fini previdenziali nel settore industria o artigianato per le attività dell'edilizia, nonché per le imprese che applicano il relativo Ccnl sottoscritto dalle Organizzazioni, per ciascuna parte, comparativamente più rappresentative). Secondo quanto previsto dal D.M. 30 gennaio 2015, la regolarità contributiva è attestata dagli Istituti previdenziali qualora ricorrano congiuntamente le seguenti condizioni:</p> <ul style="list-style-type: none"> - correttezza degli adempimenti mensili o, comunque, periodici; - corrispondenza tra versamenti effettuati e versamenti accertati dagli istituti previdenziali come dovuti; - inesistenza di inadempimenti in atto. <p>L'art. 3 del Regolamento individua le c.d. "violazioni non gravi" o comunque "non definitivamente accertate" che non pregiudicano l'emissione di un Durc telematico regolare. Più precisamente, è previsto che la regolarità contributiva venga comunque certificata dagli Istituti in caso di:</p> <ul style="list-style-type: none"> - rateizzazioni concesse dall'Inps, dall'Inail o dalle Casse edili ovvero dagli Agenti della Riscossione sulla base delle disposizioni di legge e dei rispettivi regolamenti; - sospensione dei pagamenti in forza di disposizioni legislative (es. sospensione pagamenti per imprese presenti nei crateri sismici); - crediti in fase amministrativa oggetto di compensazione per la quale sia stato verificato il credito, nelle forme previste dalla legge o dalle disposizioni emanate dagli Enti preposti alla verifica e che sia stata accettata dai medesimi Enti; - crediti in fase amministrativa in pendenza di contenzioso amministrativo sino alla decisione che respinge il ricorso; - crediti in fase amministrativa in pendenza di contenzioso giudiziario sino al passaggio in giudicato della sentenza, salva l'ipotesi di cui all'art. 24, comma 3, del D.Lgs. n. 46/1999 il quale stabilisce, in materia di iscrizione a ruolo dei crediti degli Enti previdenziali, che «se l'accertamento effettuato dall'Ufficio è impugnato davanti all'Autorità giudiziaria, l'iscrizione a ruolo è eseguita in presenza di provvedimento esecutivo del giudice»; - crediti affidati per il recupero agli Agenti della Riscossione per i quali sia stata disposta la sospensione della cartella di pagamento o dell'avviso di addebito a seguito di ricorso giudiziario. <p>Lo stesso Regolamento, inoltre, definisce il concetto di violazione contributiva "non grave" affermando che si considera tale lo scostamento tra le somme dovute e quelle versate (con riferimento a ciascuna Gestione nella quale l'omissione si è determinata) che risulti pari o inferiore ad euro 150,00 comprensivi di eventuali accessori di legge (cfr. Inps, messaggio 19 gennaio 2021, n. 213)</p>			

Le cause di esclusione di cui agli artt. 94 e 95 del Codice sono tassative e integrano di diritto i bandi e le lettere di invito. (26) Un operatore economico che si trovi in una delle situazioni previste dai suddetti articoli, ad eccezione delle irregolarità contributive e fiscali definitivamente e non definitivamente accertate, può fornire prova di aver adottato misure sufficienti a dimostrare la sua affidabilità (c.d. "self cleaning"). (27)

Si precisa che, in caso di **partecipazione di consorzi** di cui all'art. 65, comma 2, lettere b) e c) del Codice, i requisiti devono essere in possesso del consorzio e dalle consorziate indicate quali esecutrici. In caso di partecipazione di **consorzi stabili** di cui all'art. 65, comma 2, lett. d) del Codice, i requisiti devono essere posseduti dal consorzio, dalle consorziate indicate quali esecutrici e dalle consorziate che prestano i requisiti.

Clausole sociali

Per gli affidamenti dei contratti di appalto di lavori e servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale e per i contratti di concessione, l'art. 57 del Codice pre-

vede che, nel rispetto dei principi dell'Unione europea e tenendo conto dell'oggetto dell'appalto, il bando contenga quale requisito necessario dell'offerta la garanzia della **stabilità occupazionale**.

In pratica questo sta a significare che l'aggiudicatario del contratto di appalto è tenuto a garantire la stabilità occupazionale del personale impiegato nel contratto, assorbendo prioritariamente nel proprio organico il personale già operante alle dipendenze dell'appaltatore uscente secondo le modalità disciplinate nel bando o nei contratti collettivi di riferimento.

In caso di **riduzione del personale** da impiegare a seguito del cambiamento delle condizioni di esecuzione dell'appalto, il personale da riassorbire va individuato a seguito di una verifica congiunta con appaltatore e sindacati.

In caso di **aumento del personale** da impiegare nell'appalto, l'appaltatore garantisce innanzitutto l'occupazione del personale già precedentemente impiegato e, successivamente, può assumere nuovo personale, nel rispetto delle indicazioni contenute nel bando di gara.

(26) Cfr. art. 10, D.Lgs. n. 36/2023.

(27) Cfr. Anac, Bando tipo n. 1/2023 - Schema disciplinare di gara.

Inserto

Le clausole sociali prevedono, inoltre, misure orientate a garantire le **pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa** per le persone con disabilità o svantaggiate. (28)

La Stazione appaltante, nel bando, può chiedere ai concorrenti di allegare un **progetto di assorbimento** che illustri le modalità con cui intende dare concreta attuazione alla previsione circa la stabilità occupazionale. La mancata presentazione del progetto equivale a mancata accettazione della clausola sociale con conseguente esclusione dalla gara. Tuttavia, l'Anac, nell'ottica di consentire la più ampia partecipazione, ritiene possibile attivare il **soccorso istruttorio** nel caso in cui all'offerta presentata non risulti allegato il progetto di riassorbimento. Analogo discorso vale anche per le clausole sociali relative all'occupazione giovanile e femminile. (29)

Sulla base di un ormai consolidato orientamento giurisprudenziale, tuttavia, le **clausole sociali vanno interpretate in maniera elastica**. Difatti, anche recentemente il Tar Lazio (30) ha affermato che è immune da vizi la valutazione di conformità operata dalla Stazione appaltante relativa al piano di riassorbimento presentato dall'aggiudicatario. Difatti, il Collegio giudicante capitolino, richiamando un consolidato orientamento del Consiglio di Stato in tema di gara pubblica e clausola sociale (31), afferma che «in sede di gara pubblica alla clausola sociale non può essere attribuito un effetto automaticamente e rigidamente escludente e non può pertanto essere intesa nel senso di comportare un obbligo assoluto per l'impresa aggiudicataria di un appalto pubblico di assumere a tempo indeterminato ed in forma automatica e generalizzata il totale del personale già utilizzato dalla precedente impresa in quanto l'obbligo di riassorbimento dei lavoratori alle dipendenze dell'appaltatore uscente deve essere temperato e reso compatibile con l'organizzazione di impresa prescelta dall'imprenditore subentrante, al fine di realizzare economie di costi da valorizzare a fini competitivi nella procedura di affidamento dell'appalto».

Del resto «Nella *lex specialis* la clausola c.d. “sociale” va formulata e intesa in maniera elastica e non rigida, rimettendo all'operatore economico concorrente finanche la valutazione in merito all'assorbimento dei

lavoratori impiegati dal precedente aggiudicatario, anche perché solo in questi termini essa è conforme alle indicazioni della giurisprudenza amministrativa, secondo la quale l'obbligo di mantenimento dei livelli occupazionali del precedente appalto va temperato con la **libertà d'impresa** e con la facoltà in essa insita di **organizzare il servizio** in modo **efficiente e coerente** con la propria organizzazione produttiva, al fine di realizzare **economie di costi** da valorizzare a fini competitivi nella procedura di affidamento dell'appalto». (32)

Subappalto

In un'ottica di prevenzione, il Legislatore domestico ha sempre visto con sospetto il subcontratto soprattutto nell'ambito dei contratti pubblici. I motivi di tale **diffidenza** sono fondamentalmente riconducibili alle seguenti ragioni:

- potenziale elusione dei principi dell'evidenza pubblica;
- potenzialità elusiva connessa con il meccanismo interpositorio che l'appalto consente di apprestare e conseguente dispersione delle responsabilità;
- maggiori difficoltà nel controllo da parte della Stazione appaltante sull'esecuzione della quota di contratto affidata al subappaltatore, con possibili riflessi negativi sulla qualità delle prestazioni, sulla tutela dell'ambiente e sulla tutela sociale e del lavoro;
- disparità di trattamento tra i dipendenti dell'appaltatore e quelli del subappaltatore;
- possibile intrusione, nel settore delle commesse pubbliche, della criminalità organizzata che potrebbe così sfruttare, a proprio vantaggio, l'assenza di controlli diretti sul sub-negozio, eludendo la disciplina finalizzata alla prevenzione e al contrasto degli illeciti nell'ambito della contrattazione pubblica.

Per limitare questi rischi e circoscriverne l'utilizzo, sono state introdotte (fin dalle precedenti regolamentazioni) una serie di **condizioni e cautele**. Nel **nuovo Codice** i riferimenti si rinvergono principalmente nell'**art. 119** cui è affidata la disciplina del subappalto nell'ambito dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. (33)

In linea di principio, anche l'attuale norma (così come le precedenti) prevede che il subappalto costitui-

(28) Art. 61, comma 2, D.Lgs. n. 36/2023, così dispone: «Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti prevedono nei bandi di gara, negli avvisi e negli inviti, come requisiti necessari o come ulteriori requisiti premiali dell'offerta, meccanismi e strumenti idonei a realizzare le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate».

(29) Cfr. Anac, Relazione illustrativa sul Bando tipo n. 1/2023 approvata dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 309 del 27 giugno 2023 e pubblicata sul sito internet dell'Autorità stessa in data 19 luglio 2023.

(30) Tar Lazio Roma, sez. II, sent. 25 agosto 2023, n. 13442, in *One Legale*, Wolters Kluwer.

(31) Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 24 luglio 2019, n. 5243; Cons. Stato, sez. III, 29 novembre 2021, n. 7922; Cons. Stato, sez. V,

11 ottobre 2021, n. 6784, tutte in *One Legale*, Wolters Kluwer.

(32) Cfr. Cons. Stato, sez. V, 3 giugno 2022, n. 4539; Cons. Stato, sez. VI, 24 luglio 2019, n. 5243; Cons. Stato, sez. VI, 21 luglio 2020, n. 4665; Cons. Stato, sez. V, 12 febbraio 2020, n. 1066; Cons. Stato, sez. V, 12 settembre 2019, n. 6148; Cons. Stato, sez. V, 10 giugno 2019, n. 3885, tutte in *One Legale*, Wolters Kluwer.

(33) L'art. 119, comma 2, del D.Lgs. n. 36/2023 definisce il subappalto come «il contratto con il quale l'appaltatore affida a terzi l'esecuzione di parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto, con organizzazione di mezzi e rischi a carico del subappaltatore. Costituisce, comunque, subappalto di lavori qualsiasi contratto stipulato dall'appaltatore con terzi avente ad oggetto attività ovunque espletate che richiedono l'impiego di manodopera, quali le forniture con posa

sca un'**eccezione** alla **regola generale** e che il contratto pubblico, a pena di nullità, vada quindi eseguito direttamente dallo stesso soggetto che ne è risultato affidatario.

La Stazione appaltante ha comunque facoltà di autorizzare l'appaltatore a subappaltare una parte delle attività oggetto del contratto a condizione, tuttavia, che l'affidatario svolga direttamente la parte prevalente del contratto nel caso di servizi ad alta intensità di manodopera.

Si precisa che nel bando di gara la Stazione appaltante può prevedere il **divieto di subappalto a cascata** con riferimento a determinate prestazioni e indicando le specifiche ragioni tra quelle previste nella norma (es. esigenza di garantire una più intensa tutela delle condizioni di lavoro e della salute e sicurezza sul lavoro, prevenire il rischio di infiltrazioni mafiose).

Per poter procedere ad affidare in subappalto le opere o i lavori, i servizi o le forniture compresi nel contratto, gli affidatari devono preventivamente **richiedere un'apposita autorizzazione alla Stazione appaltante** che può rilasciarla in presenza delle seguenti **condizioni**:

- già in fase di presentazione dell'offerta l'appaltatore abbia indicato i lavori o le parti di opere ovvero i servizi e le forniture o parti di servizi e forniture che intendeva subappaltare;
- il subappaltatore sia qualificato per le lavorazioni o le prestazioni da eseguire;
- non sussistano, a carico del subappaltatore, le cause di esclusione di cui al Capo II del Titolo IV della Parte V del Codice.

Poiché, come accennato, in caso di sub-affidamenti, il rischio di infiltrazioni mafiose risulta essere piuttosto elevato, il Legislatore ha previsto severe conseguenze in presenza di **subcontratti non autorizzati**. In particolare, l'art. 21 della legge n. 646/1982 prevede a carico dell'appaltatore che concede, anche di fatto, in subappalto o a cottimo, in tutto o in parte, le opere stesse, senza l'autorizzazione dell'Autorità competente la **reclusione da uno a cinque anni** e la **multa non inferiore ad un terzo del valore dell'opera** concessa in subappalto o a cottimo e non superiore ad un terzo del valore complessivo dell'opera ricevuta in appalto. Nei confronti del **subappaltatore** e

dell'affidatario del cottimo si applica la pena della reclusione da uno a cinque anni e della multa pari ad un terzo del valore dell'opera ricevuta in subappalto o in cottimo. In tali circostanze è data alla Stazione appaltante ha la facoltà di chiedere la risoluzione del contratto. (34)

Relativamente alle prestazioni affidate in subappalto, si ribadisce che il subappaltatore ha l'obbligo riconoscere ai lavoratori un **trattamento economico e normativo** non inferiore a quello che avrebbe garantito il contraente principale. Difatti, il subappaltatore - qualora 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 - deve applicare i medesimi contratti collettivi nazionali di lavoro del contraente principale. (35)

Sotto i profili relativi all'**igiene, salute e sicurezza sul lavoro**, l'art. 119 contiene le seguenti previsioni:

- l'affidatario corrisponde i costi della sicurezza e della manodopera, relativi alle prestazioni affidate in subappalto, alle imprese subappaltatrici senza alcun ribasso;
- l'affidatario è solidalmente responsabile con il subappaltatore degli adempimenti, da parte di quest'ultimo, degli obblighi di sicurezza previsti dalla normativa vigente;
- i Piani di sicurezza di cui al D.Lgs. n. 81/2008 (es. POS, PSC) sono messi a disposizione delle Autorità competenti preposte alle verifiche ispettive di controllo dei cantieri. A tal proposito, l'affidatario è tenuto a curare il coordinamento di tutti i subappaltatori operanti nel cantiere per rendere gli specifici piani redatti dai singoli subappaltatori compatibili tra loro e coerenti con il piano presentato dall'affidatario.

Si fa presente, infine, che le indicazioni suddette si applicano anche ai raggruppamenti temporanei e alle società anche consortili, quando le imprese riunite o consorziate non intendono eseguire direttamente le prestazioni scorporabili.

in opera e i noli a caldo, se singolarmente di importo superiore al 2 per cento dell'importo delle prestazioni affidate o di importo superiore a 100.000 euro e qualora l'incidenza del costo della manodopera e del personale sia superiore al 50 per cento dell'importo del contratto da affidare».

(34) Art. 21, legge n. 646/1982: «Chiunque, avendo in appalto opere riguardanti la Pubblica Amministrazione, concede anche di fatto, in subappalto o a cottimo, in tutto o in parte, le opere stesse, senza l'autorizzazione dell'Autorità competente, è punito con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa non inferiore ad un terzo del valore dell'opera concessa in subappalto o a cottimo e non superiore ad un terzo del valore complessivo dell'opera ricevuta in appalto. Nei confronti del subappaltatore e dell'affidatario del cottimo si applica la pena della reclusione da uno a cinque anni e della multa pari ad un terzo del valore dell'opera ricevuta in subappalto o in cottimo.

È data all'amministrazione appaltante la facoltà di chiedere la risoluzione del contratto. L'autorizzazione prevista dal precedente comma è rilasciata previo accertamento dei requisiti di idoneità tecnica del subappaltatore, nonché del possesso, da parte di quest'ultimo, dei requisiti soggettivi per l'iscrizione all'Albo nazionale dei costruttori. L'autorizzazione non può essere rilasciata nei casi previsti dall'articolo 10-*quinquies* della legge 31 maggio 1965, n. 575. Per i rapporti di subappalto e cottimo contemplati nel presente articolo, che siano in corso alla data di entrata in vigore della presente legge, l'autorizzazione deve intervenire entro 90 giorni dalla data anzidetta. L'ulteriore prosecuzione dei rapporti stessi, in carenza del titolo autorizzatorio, è punita con le pene stabilite nel primo comma, ferma restando la facoltà dell'amministrazione appaltante di chiedere la risoluzione del contratto».

(35) Cfr. art. 119, comma 12, D.Lgs. n. 36/2023.

Inserto

Responsabilità solidale

Sotto il profilo solidaristico, il contraente principale e il subappaltatore sono corresponsabili nei confronti della Stazione appaltante per le prestazioni oggetto del contratto di subappalto. Tra l'**aggiudicatario** e i **subappaltatori**, difatti, trova piena applicazione la **responsabilità solidale** prevista dall'**art. 29, comma 2, del D.Lgs. n. 276/2003** (c.d. "*Decreto Biagi*"). (36) In base ad essa, il committente imprenditore o datore di lavoro di un appalto resta obbligato in solido con l'appaltatore, nonché con ciascuno degli eventuali subappaltatori, entro il termine decadenziale di due anni dalla cessazione dell'appalto, per il pagamento:

- a) dei trattamenti retributivi e previdenziali dei lavoratori impiegati nell'appalto;
- b) delle quote del Trattamento di fine rapporto maturato dai lavoratori ivi impiegati, limitatamente al periodo di esecuzione del contratto stesso;
- c) dei premi assicurativi, anche in questo caso si tratta solo di quelli maturati nel corso del periodo d'esecuzione del contratto d'appalto;
- d) delle somme dovute a titolo di interesse sui debiti previdenziali. (37)

Restano, invece, escluse dal vincolo solidaristico le somme dovute ad altro titolo (es. sanzioni amministrative, sanzioni civili, risarcimento del danno da licenziamento illegittimo) di cui risponde, pertanto, il solo datore di lavoro responsabile dell'inadempimento. (38)

Sotto il profilo della durata temporale della coobbligazione, con la nota n. 9943 del 19 novembre 2019 l'Inl, traendo spunto da alcune sentenze della Suprema Corte in tema di responsabilità solidale (39), ha evidenziato come il regime decadenziale di due anni previsto dall'**art. 29, comma 2, del D.Lgs. n. 276/2003** trovi applicazione esclusivamente all'azione esperita dal lavoratore (creditore di somme di natura retributiva) e non anche all'eventuale azione promossa dagli Enti previdenziali (creditori delle somme dovute a titolo contributivo), soggetti invece alla sola **prescrizione quinquennale**.

Si precisa che il vincolo solidaristico previsto dal "*Decreto Biagi*" non trova applicazione nei confronti della Stazione appaltante in quanto Pubblica Amministrazione di cui all'**art. 1, comma 2, del D.Lgs. n. 165/2001**. (40)

La Suprema Corte, tuttavia, ha chiarito che è assoggettata alla responsabilità solidale *ex art. 29 del D.Lgs. n. 276/2003* anche la **società privata a partecipazione pubblica** che, per sua natura o tipologia, sia soggetta al Codice degli appalti pubblici. Difatti, un imprenditore privato può ben essere soggetto all'applicazione delle disposizioni in materia di appalti pubblici e, contemporaneamente, essere sottoposto al regime solidaristico dell'**art. 29** più favorevole ai lavoratori. (41) In pratica, l'applicazione nei confronti di un **committente privato** del Codice degli appalti non conferisce automaticamente a tale soggetto la qualifica di P.A. e, quindi, non comporta l'automatica esclusione dal regime di responsabilità solidale. (42)

Nei confronti della **committenza pubblica** trova, invece, piena applicazione la disciplina solidaristica contenuta nel Codice civile. In particolare, l'**art. 1676 c.c.** prevede che i dipendenti dell'appaltatore possono proporre azione diretta contro il committente per conseguire quanto è loro dovuto, fino a concorrenza del debito del committente verso l'appaltatore. Questa norma, difatti, non trova applicazione soltanto agli appalti privati ma si estende anche a quelli pubblici. Essa, tuttavia, rispetto alla suddetta disciplina prevista dall'**art. 29, del D.Lgs. n. 276/2003**, ha **tre rilevanti limitazioni**:

- riguarda soltanto il lavoro subordinato (e non anche altre tipologie contrattuali quali, ad esempio, il lavoro parasubordinato);
- l'oggetto è circoscritto al solo trattamento economico dovuto dall'appaltatore ai propri dipendenti, con esclusione quindi degli oneri previdenziali ed assicurativi;
- la quantificazione del debito solidale si riferisce esclusivamente a quanto dovuto dal committente all'appaltatore al momento della presentazione, da parte dei lavoratori interessati, della domanda giudiziale, con la conseguenza che il committente non è solidalmente tenuto nei confronti dei lavoratori se - nelle more - estingue il proprio debito nei confronti dell'esecutore dei lavori.

Si tratta, pertanto, di uno strumento giuridico meno efficace, rispetto al precedente, per il soddisfacimento delle eventuali pretese creditorie avanzate dai dipendenti dell'appaltatore.

Si rimarca, infine, che l'affidatario è responsabile in solido, nei confronti dei lavoratori impiegati dal subappaltatore, per l'osservanza, da parte di quest'ulti-

(36) Cfr. art. 119, comma 6, D.Lgs. n. 36/2023.

(37) Art. 29, comma 2, D.Lgs. n. 276/2003: «In caso di appalto di opere o di servizi, il committente imprenditore o datore di lavoro è obbligato in solido con l'appaltatore, nonché con ciascuno degli eventuali subappaltatori entro il limite di due anni dalla cessazione dell'appalto, a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi, comprese le quote di Trattamento di fine rapporto, nonché i contributi previdenziali e i premi assicurativi dovuti in relazione al periodo di esecuzione del contratto di appalto, restando escluso qualsiasi obbligo per le sanzioni civili di cui risponde solo il responsabile dell'inadempimento. (...)».

(38) Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, Interpello 2 aprile 2010, n. 3.

(39) Cass. civ., sez. lav., 4 luglio 2019, n. 18004 e Cass. civ., sez. lav., 4 settembre 2019, n. 22110, tutte in *One Lavoro*, Wolters Kluwer.

(40) Cfr. art. 9, comma 1, D.L. 28 giugno 2013, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 agosto 2013, n. 99. V. anche Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, circolare 29 agosto 2013, n. 35.

(41) Cass. civ., sez. lav., 24 maggio 2016, n. 10731, in *One Lavoro*, Wolters Kluwer.

(42) Cass. civ., sez. VI - lav., 6 aprile 2017, n. 8959, ord.

mo, 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 secondo quanto previsto all'art. 11 dello stesso Codice. (43)

Intervento sostitutivo della Stazione appaltante

Al fine di garantire una maggiore **tutela dei diritti patrimoniali dei lavoratori** impiegati nei pubblici appalti, l'art. 11, comma 6, del **D.Lgs. n. 36/2023** delinea una **speciale procedura**. In particolare, in presenza di **inadempienze retributive** dell'appaltatore, del subappaltatore o del cottimista nei confronti del personale dipendente dell'affidatario o del subappaltatore o dei soggetti titolari di subappalti e cottimi, impiegato nell'esecuzione del contratto, il Responsabile unico del progetto (Rup) della Stazione appaltante invita il soggetto inadempiente e l'affidatario a provvedervi entro i successivi 15 giorni. Ove non sia stata contestata formalmente e motivatamente la fondatezza della richiesta entro il termine sopra assegnato, la **Stazione appaltante paga anche in corso d'opera direttamente ai lavoratori le retribuzioni arretrate**, detraendo il relativo importo dalle somme dovute all'affidatario del contratto ovvero dalle somme dovute al subappaltatore inadempiente nel caso in cui sia previsto il pagamento diretto.

Nel caso di **formale contestazione delle richieste**, il Rup o il responsabile della fase dell'esecuzione, ove nominato, inoltra le richieste e le contestazioni all'**Ispettorato del lavoro** territorialmente competente affinché vengano disposti i necessari accertamenti. (44)

In presenza, invece, di eventuali **inadempienze contributive** risultanti dal Durc relativo a personale dipendente dell'affidatario o del subappaltatore o dei soggetti titolari di subappalti (45) e cottimi, impiegato nell'esecuzione del contratto, la Stazione appaltante trattiene dal certificato di pagamento l'importo corrispondente all'inadempienza per il successivo **versamento diretto agli Enti previdenziali e assicurativi**,

compresa, per i relativi lavori, la Cassa edile. In ogni caso sull'importo netto progressivo delle prestazioni è operata una ritenuta di garanzia dello 0,50%; le ritenute possono essere svincolate soltanto in sede di liquidazione finale, dopo l'approvazione da parte della Stazione appaltante del certificato di collaudo o di verifica di conformità, previo rilascio del Durc. (46)

Poiché l'intervento sostitutivo di che trattasi risale al 2010 (47), a seguito di specifici accordi intervenuti con gli Istituti previdenziali ed assicurativi e l'AVCP, il Ministero del Lavoro fornì già a suo tempo, per mezzo della circolare n. 3/2012, alcuni rilevanti chiarimenti ed indicazioni di carattere operativo in ordine alla corretta esecuzione di questo intervento, adempimenti che le Stazioni appaltanti debbono mettere in pratica a fronte dell'acquisizione di un **Durc irregolare** nel corso della procedura di evidenza pubblica. In tale nota il Dicastero evidenzia che l'intervento sostitutivo opera sia quando il debito che le Stazioni appaltanti hanno nei confronti dell'appaltatore copra integralmente quanto dovuto agli Istituti, sia quando lo stesso debito sia in grado di coprire solo in parte le inadempienze evidenziate nel Durc. In quest'ultimo caso le somme dovranno essere ripartite tra gli Istituti creditori in proporzione dei crediti evidenziati da ciascun istituto nel Durc stesso o eventualmente comunicati dai medesimi, a seguito di specifica richiesta della Stazione appaltante.

Un **esempio** aiuterà, forse, a comprendere meglio il meccanismo contabile.

Ipotizziamo che la Stazione appaltante debba versare all'appaltatore, in virtù della procedura negoziale, una somma pari a 10.000 euro; dall'esame del Durc acquisito emergono, tuttavia, inadempienze dell'operatore economico superiori alla somma a suo credito, debiti che non consentono, pertanto alla Stazione appaltante di provvedere al pagamento del compenso maturato. La committenza pubblica dovrà, conseguentemente, attivare l'intervento sostitutivo a favore degli Istituti creditori in base al seguente schema proporzionale di riparto.

Credito maturato dagli Istituti come risultante dal Durc irregolare (a debito dell'appaltatore)			Proposta di riparto pagamenti della Stazione appaltante a seguito di "intervento sostitutivo" (a favore degli Istituti)		
Inps	€ 10.000	(50%)	Inps	€ 5.000	(50%)
Inail	€ 8.000	(40%)	Inail	€ 4.000	(40%)
Cassa edile	€ 2.000	(10%)	Cassa edile	€ 1.000	(10%)
Totale	€ 20.000	(100%)	Totale	€ 10.000	(100%)

(43) Art. 11, comma 7, D.Lgs. n. 36/2023.

(44) Cfr. art. 119, comma 9, D.Lgs. n. 136/2023.

(45) Relativamente ai subappalti, l'art. 119, comma 8, prevede che «Per i contratti relativi a lavori, servizi e forniture, in caso di ritardo nel pagamento delle retribuzioni dovute al personale dipendente o del subappaltatore o dei soggetti titolari

di subappalti e cottimi, nonché in caso di inadempienza contributiva risultante dal documento unico di regolarità contributiva, si applicano le disposizioni di cui all'articolo 11, comma 5».

(46) Cfr. art. 11, comma 6, D.Lgs. n. 36/2023.

(47) Cfr. art. 4, D.P.R. n. 207/2010, attuativo dell'art. 5, comma 5, lett. r) dell'allora vigente D.Lgs. n. 163/2006.

Inserto

Al fine di coordinare un possibile contestuale intervento sostitutivo da parte di più stazioni appaltanti, la circolare ministeriale evidenzia l'opportunità - prima di procedere ai versamenti nei confronti degli Istituti e delle Casse edili - che i pubblici committenti comunichino preventivamente ai medesimi istituti l'intenzione di sostituirsi all'originario debitore attraverso un "**preavviso di pagamento**". Così facendo si renderà possibile rimodulare i crediti laddove un'altra Stazione appaltante sia intervenuta ripianando (anche solo in parte) le posizioni dell'appaltatore nei confronti degli Istituti creditori.

Allo stesso fine, è necessario che le Stazioni appaltanti che hanno attivato l'intervento sostitutivo comu-

nichino agli Istituti con la massima tempestività l'importo dei pagamenti effettuati in loro favore.

Infine, il Codice (48) prevede che la Stazione appaltante possa corrispondere direttamente al subappaltatore ed ai titolari di sub-contratti non costituenti subappalto ai sensi del quinto periodo del comma 2, l'importo dovuto per le prestazioni dagli stessi eseguite nei seguenti casi:

- a)* quando il subcontraente è una microimpresa o piccola impresa;
- b)* in caso di inadempimento da parte dell'appaltatore;
- c)* su richiesta del subcontraente e se la natura del contratto lo consente.

(48) Art. 119, comma 11, D.Lgs. n. 36/2023.