

Working Paper

**ADAPT**

www.adapt.it

UNIVERSITY PRESS

Associazione per gli Studi Internazionali e Comparati sul Diritto del lavoro e sulle Relazioni industriali

# **Appalti pubblici, trattamenti retributivi e costo del lavoro: appunti per una ricerca**

**Edoardo Maria Poiani Landi**  
**Dottore in giurisprudenza presso l'Università Sapienza di Roma**

**Working Paper n. 3/2024**

## ABSTRACT

Il nuovo Codice degli appalti pubblici (d.lgs. n. 36/2023) pone nuovamente il problema del bilanciamento tra l'esigenza di tutela dei lavoratori e la libertà sindacale dell'appaltatore. L'art. 11 del d.lgs. n. 36/2023, infatti, consente ora al datore di lavoro di applicare anche un CCNL diverso da quello indicato nel bando di gara, purché sia in grado di garantire il medesimo livello di tutele.

Il presente contributo ha l'obiettivo di individuare delle direttive d'indagine finalizzate, da un lato, a realizzare un confronto tra alcuni CCNL depositati nell'archivio del CNEL e potenzialmente applicabili dagli operatori economici ai quali è affidata l'esecuzione di un contratto di appalto pubblico, verificando l'applicabilità del principio di equivalenza delle tutele di cui all'art. 11 del d.lgs. 36/2023; dall'altro, a riflettere sul soggetto istituzionalmente deputato ad operare questa verifica.

## I PUNTI CHIAVE DEL PAPER

- Il d.lgs. 36/2023 (c.d. Codice dei Contratti Pubblici) introduce delle rilevanti novità in materia di contrattazione collettiva nell'ambito degli appalti pubblici.
- L'art. 11 del Codice dei Contratti Pubblici disciplina l'applicazione dei contratti collettivi nazionali e introduce il principio di equivalenza delle tutele tra i CCNL individuati dalla stazione appaltante nel bando di gara e quello applicato dall'operatore economico.
- L'ANAC ha introdotto delle linee guida tramite le quali ha indicato in che modo debba essere effettuato il controllo sull'equivalenza della tutela fra i CCNL.
- La verifica dell'equipollenza della tutela potrebbe essere realizzata tramite l'impiego dell'archivio nazionale dei contratti e degli accordi collettivi di lavoro del CNEL.

## IL MESSAGGIO

L'art. 11, comma 3, del d.lgs. 36/2023 riconosce agli operatori economici, che prendono parte a una gara di appalto, la possibilità di indicare nell'offerta un CCNL diverso rispetto quello indicato dalla stazione appaltante, a condizione che garantisca le medesime tutele.

In tali casi, in sede di aggiudicazione, l'operatore economico deve dimostrare che il CCNL scelto fornisca il medesimo livello di tutela nei confronti dei lavoratori impiegati nell'esecuzione dell'appalto pubblico.

Le linee guida dell'ANAC del 2023 indicano che per compiere un accertamento sull'equipollenza tra i CCNL, occorre confrontare quelli indicati dall' stazione appaltante e dall'operatore economico, verificando sia l'equivalenza delle tutele economiche sia l'equivalenza delle tutele normative.

Per condurre un'analisi sulla concreta applicazione delle citate linee guida, è possibile compiere un raffronto tra i CCNL, prendendo in considerazione i settori merceologici maggiormente ricorrenti nell'ambito degli appalti pubblici e i profili professionali coinvolti.

Nel verificare l'equivalenza delle tutele assume un ruolo importante l'archivio nazionale dei contratti e degli accordi collettivi di lavoro del CNEL, presso il quale sono depositati i CCNL potenzialmente applicabili da coloro che prendono parte alla gara pubblica.

In tale quadro, si potrebbe invero riconsiderare il ruolo istituzionale e terzo del CNEL, quale organo di rilevanza costituzionale partecipato dalle forze sociali più rappresentative che, proprio per tali caratteristiche e per funzione istituzionale, potrebbe verificare l'equipollenza delle tutele e garantire, dunque, il rispetto della disciplina contenuta nel Codice degli Appalti Pubblici.

## Indice

1. Introduzione .....	4
2. Inquadramento normativo.....	4
3. Gli orientamenti giurisprudenziali sull'applicazione del contratto collettivo negli appalti pubblici .....	6
4. La necessità di una ricerca sui trattamenti retributivi.....	6

## 1. Introduzione

Obiettivo del presente contributo è quello di individuare un possibile percorso di ricerca volto a rivalutare la funzione dell'archivio nazionale dei contratti e accordi collettivi di lavoro del CNEL (art. 17 della legge n. 936 del 1986) nell'ambito delle procedure per l'affidamento degli appalti pubblici.

È noto che il legislatore ha sempre subordinato l'affidamento dei lavori pubblici alla verifica che l'impresa aggiudicataria rispetti il trattamento economico e normativo stabilito dai contratti collettivi sottoscritti da organizzazioni sindacali dotate di un certo grado di rappresentatività. Si tratta di una "politica legislativa" (E. Ghera, *Le c.d. clausole sociali: evoluzione di un modello di politica legislativa*, in DRI, 2001, n. 2, pp. 133-155) finalizzata ad evitare che il datore di lavoro, ai fini dell'aggiudicazione, possa presentare un'offerta economicamente vantaggiosa contenendo il costo del lavoro attraverso l'applicazione di contratti collettivi di dubbia legittimità. Rischio, questo, che si è palesato in particolar modo non solo per il principio della libertà sindacale del datore di lavoro di cui all'art. 39, comma 1 Cost. (che si traduce nella libertà di "scegliere" il contratto collettivo da applicare che più ritiene opportuno e confacente alle proprie esigenze organizzative G. Proia, *Il contratto collettivo tra libertà di scelta e standard minimi di trattamento*, in MGL, 2020, n. 4, pp. 965-988, spec. pp. 965-966) ma, allo stesso tempo, anche per una recente e incontrollata proliferazione del numero di contratti collettivi potenzialmente applicabili per la stessa attività di impresa. Da questo quadro di problemi, dunque, nasce la concreta esigenza di poter supportare operatori e pubblica amministrazione nell'individuare il contratto collettivo maggiormente idoneo a non compromettere i livelli di tutela dei lavoratori impiegati nello svolgimento dell'appalto pubblico.

## 2. Inquadramento normativo

In primo luogo, pare opportuno fornire un inquadramento sul piano normativo delle questioni oggetto di interesse; il principale punto di riferimento è rappresentato dagli artt. 11 e 41 del d.lgs. 36/2023.

L'art. 11 dispone che le stazioni appaltanti debbano indicare nella *lex specialis* della procedura a evidenza pubblica il CCNL "*in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro, stipulato dalle associazioni dei datori di lavoro e dai 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*". Inoltre, è previsto per l'operatore economico la possibilità di indicare nell'offerta un CCNL differente, a condizione che garantisca ai lavoratori le medesime tutele di quello indicato dalla stazione appaltante; a quanto precede è necessario aggiungere che, in sede di aggiudicazione, l'Amministrazione 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*".

L'art. 41, commi 13 e 14, del d.lgs. 36/2023 disciplina la determinazione del costo del lavoro.

In particolare, il Ministero del Lavoro e delle politiche sociali determina detto costo, con cadenza annuale e in apposite tabelle, basandosi sui valori economici derivanti *“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”*; nell'eventualità in cui non vi sia un contratto collettivo applicabile, il Legislatore prescrive l'impiego del *“contratto collettivo del settore merceologico più affine a quello preso in considerazione”*.

Detta disciplina è funzionale a stabilire l'importo posto a base della gara; nello specifico, per i contratti di lavori e servizi, l'Amministrazione deve indicare i costi della manodopera nella *lex specialis*.

Detti costi, insieme ai costi della sicurezza, sono scorporati dall'importo assoggettato al ribasso, fermo restando che il Codice riconosce all'operatore economico la possibilità di dimostrare che il ribasso complessivo dell'importo offerto derivi da una più efficiente organizzazione aziendale.

Sulla base di tale disciplina normativa, è intervenuta l'Autorità Nazionale Anticorruzione che, tramite una relazione illustrativa al Bando tipo n. 1/2023, ha indicato in che modo debba essere realizzato il controllo sull'equivalenza delle tutele fra i CCNL applicabili.

Secondo l'Amministrazione, la stazione appaltante deve compiere due operazioni.

In primo luogo, deve verificare l'equivalenza delle tutele economiche. Questo primo punto, fa sorgere una prima questione che merita di essere indagata, e cioè quali componenti della retribuzione è necessario prendere a riferimento (quali la retribuzione tabellare annuale, indennità di contingenza, Elemento Distinto della Retribuzione, mensilità supplementari, indennità economiche aggiuntive in ragione a prestazioni previste dall'appalto).

In secondo luogo, la stazione appaltante deve verificare l'equivalenza delle tutele normative. Sul punto, in mancanza di una espressa base normativa e sulla scia di una prassi seguita dall'Ispettorato Nazionale del Lavoro (circolare n. 2/2020), l'ANAC ha condizionato la citata equivalenza al raffronto di 12 istituti, precisando inoltre che l'equipollenza si possa riscontrare nei casi di scostamenti marginali e limitati a non più di due voci.

I 12 istituti sono i seguenti: lavoro supplementare, lavoro straordinario, disciplina compensativa delle ex festività soppresse, periodo di prova, periodo di preavviso, periodo di comporto in caso di malattia e infortunio, malattia e infortunio, maternità, monte ore di permessi retribuiti, bilateralità, previdenza integrativa, sanità integrativa.

Detta verifica fa sorgere un ulteriore profilo problematico: la legge, infatti, non conferisce questa funzione ad un organo terzo, rimettendola agli operatori economici e quindi all'impresa aggiudicataria dell'appalto, trascurando così la necessità di garantire una certa affidabilità e imparzialità della verifica condotta.

### **3. Gli orientamenti giurisprudenziali sull'applicazione del contratto collettivo negli appalti pubblici**

La nuova disciplina codicistica sul tema oggetto di interesse è stata influenzata dalla giurisprudenza amministrativa. Per l'appunto, il Legislatore ha recepito le indicazioni della giurisprudenza, la quale aveva disposto come non fosse possibile ritenere sussistente in capo all'appaltatore l'obbligo di applicare il contratto indicato dalla stazione appaltante posto che, alla luce del principio della libertà sindacale, l'operatore economico avrebbe potuto scegliere un contratto collettivo diverso, a condizione di garantire il medesimo livello di tutela rispetto quello previsto dal contratto scelto dalla stazione appaltante.

Nello specifico, l'applicazione di un determinato contratto collettivo non può essere imposta dai documenti di gara alle imprese concorrenti quale requisito di partecipazione, né l'applicazione di un determinato contratto collettivo anziché di un altro può essere a priori sanzionata dalla stazione appaltante con l'esclusione, determinando, in sé, l'inammissibilità dell'offerta. Pertanto, non rientra all'interno della discrezionalità della stazione appaltante esigere che gli operatori economici, per la partecipazione alla procedura a evidenza pubblica, adottino un precipuo CCNL, soprattutto nei contesti in cui diversi contratti risultino, anche solo astrattamente, coerenti con le prestazioni oggetto dell'appalto pubblico (cfr. Cons. St., sez. V, 18 dicembre 2023, n. 10886; Cons. St., III, V, 15 marzo 2021, n. 2168; Cons. St., sez. III, 2 marzo 2017, n. 975; 9.12.2015, n. 5597). È proprio sulla scorta di tali pronunce che i commi 3 e 4 dell'art. 11 precisano la possibilità in capo alle imprese di indicare un CCNL differente, che garantisca però, allo stesso tempo, il principio di equipollenza delle tutele.

Viene, pertanto, riconosciuta all'operatore economico una discrezionalità nella scelta del CCNL; detta discrezionalità non è assoluta e incondizionata bensì deve rispettare il principio di equivalenza delle tutele, oltre al vincolo della coerenza tra il contratto indicato e l'oggetto dell'appalto pubblico.

In merito, la giurisprudenza ha riconosciuto la legittimità della scelta di un dato CCNL da parte dell'operatore economico, nei casi in cui risulti coerente con l'oggetto della gara e vi sia una differenza minima sul costo della manodopera rispetto quello indicato dalla stazione appaltante; allo stesso tempo, e contrariamente, l'operatore economico deve essere escluso nei casi in cui abbia adottato un CCNL con livelli retributivi inferiori quelli previsti per i servizi erogati e per incompatibilità con l'oggetto dell'appalto in relazione al mansionario previsto (cfr. TAR Lazio, n. 12118/2023; TAR Lombardia, n. 2830/2023; TAR Lazio n. 6688/2022; TAR Lazio, n. 11427/2023; Cons. St., sez. III, n. 9900/2023; Cons. St., sez. V, n. 224/2021).

### **4. La necessità di una ricerca sui trattamenti retributivi**

Sulla scorta dell'attuale quadro normativo e giurisprudenziale sopra delineato, la ricerca vuole verificare se, per determinati settori merceologici, i CCNL potenzialmente applicabili e depositati presso l'archivio del CNEL, possano garantire il medesimo livello

delle tutele, in seguito all'applicazione degli indicatori determinati dall'ANAC nelle linee guida pubblicate nel 2023 (cfr. Relazione illustrativa al Bando tipo n. 1/2023.).

Ai fini dell'individuazione dei settori merceologici entro cui condurre la verifica dell'equipollenza delle tutele, si terrà conto di quelli maggiormente ricorrenti nell'ambito degli appalti pubblici (anche alla luce di quanto risulta dal contenzioso in materia) quali il settore Metalmeccanica, il settore Edilizia e il settore Multiservizi.

Per ciascun ambito settoriale, la verifica dell'equipollenza delle tutele sarà effettuata sulle seguenti figure professionali: per il settore Metalmeccanico, il manutentore livello D e l'addetto servizi collaudo D1; per il settore Edilizia, l'impiegato di IV categoria/operaio qualificato e gli impiegati di II categoria/operaio di V livello; per il settore Multiservizi, l'addetto potatura di III livello e il manovale I livello.

I risultati di detta analisi saranno funzionali, oltre al riscontro dell'equivalenza delle tutele, all'approfondimento di due profili di natura istituzionale.

In primo luogo, sarà opportuno verificare se dalla tesi sostenuta dall'ANAC possano derivare delle criticità sul piano giuridico, in considerazione del fatto che la scelta dei dodici indicatori e, allo stesso tempo, la scelta in merito allo scostamento di massimo due indicatori non sono state "normativizzate" bensì sono state rimesse alla discrezionalità dell'Autorità indipendente.

In secondo luogo, la ricerca permetterà di riconsiderare il ruolo istituzionale che il CNEL potrebbe assumere nell'ordinamento giuridico, con particolare attenzione all'equivalenza tra i contratti collettivi e all'utilizzo dell'archivio dei Contratti Collettivi Nazionali. La disciplina codicistica e i numerosi CCNL depositati presso l'Archivio, infatti, pongono le premesse per centralizzare il ruolo di quest'organo nell'ottica della semplificazione del procedimento amministrativo; difatti, l'attività del CNEL potrebbe risultare funzionale al riscontro dell'equivalenza delle tutele tra CCNL dello stesso settore.