

## **Gli interessi orizzontali nella fase di esecuzione dei contratti pubblici: tra illusioni e incertezze normative**

di

Annalaura Giannelli\*

**Sommario:** 1. Premessa: il cono d'ombra relativo alla fase di esecuzione dei contratti pubblici – 2. Il “debutto” dei cd. interessi orizzontali – 3. Segue. Gli interessi orizzontali in fase di esecuzione: tra tutela della sostenibilità e rischi di neutralizzazione – 4. Segue. Gli interessi orizzontali in fase di esecuzione: tra tutela della sostenibilità e rischi di neutralizzazione – 5. Il rinnovo del contratto collettivo in corso di esecuzione del contratto. – 6. Conclusioni.

### **1. Premessa: il cono d'ombra relativo alla fase di esecuzione dei contratti pubblici**

Almeno fino agli anni '70, ossia fino al momento in cui il diritto europeo ha cominciato a interessarsi in modo massiccio al settore delle commesse pubbliche, ha prevalso l'idea secondo cui la disciplina pubblicistica in materia di contratti passivi dovesse ispirarsi ad un unico obiettivo: quello di consentire all'amministrazione di “comprare bene”<sup>1</sup>. Questo approccio viene evocato

---

\*Professoressa ordinaria di diritto amministrativo presso l'Università Magna Graecia di Catanzaro.

<sup>1</sup> S. ROMANO, *Corso di diritto amministrativo. Principi generali*, Padova, 1937, 14, ove si argomenta l'estraneità della fase dell'esecuzione al diritto amministrativo propriamente inteso affermando che il carattere pubblico dell'attività negoziale rileva solo sul fronte interno della fattispecie, ossia sul fronte delle decisioni di spesa e di individuazione del contraente assunte in via unilaterale dall'amministrazione.

parlando di “logica contabilistica”, espressione che richiama il tuttora vigente regolamento di contabilità generale<sup>2</sup>, nel quale, per l’appunto, il *focus* della disciplina si appunta sulla soddisfazione delle esigenze di acquisto del contraente pubblico, piuttosto che sugli obiettivi di salubrità dei mercati interessati dall’attività negoziale pubblica.

La concorrenza, in altre parole, rappresenterebbe – secondo questo approccio – un mezzo a servizio di un fine ulteriore, quello dell’efficienza della spesa pubblica.

Da tale premessa è scaturita una serie di conseguenze in tema di stabilità del rapporto negoziale.

La prima consiste nel tendenziale disinteresse rispetto alle implicazioni anti-concorrenziali di eventuali interventi modificativi, in fase esecutiva, ispirati alla volontà di adeguamento della fattispecie pattizia alle sopravvenute esigenze del contraente pubblico. Se, infatti, la ragion d’essere del diritto dell’evidenza pubblica viene identificata con la tutela dell’interesse negoziale dell’amministrazione è ovvio che le modifiche post-aggiudicazione, laddove siano idonee a massimizzare tale interesse, non possano considerarsi *contra ius*. Esse, al contrario, dovranno essere considerate opportune e financo doverose proprio nella misura in cui consentano al contratto di durata di adeguarsi alle mutevoli esigenze del committente pubblico. Di qui l’idea per cui l’appalto pubblico, a differenza della omonima fattispecie civilistica, sia caratterizzato da una strutturale modificabilità su impulso del committente.

La tesi del contratto pubblico come “contratto in marcia”<sup>3</sup> è entrata irrimediabilmente in crisi nella seconda metà del secolo scorso.

Le ragioni del suo tramonto sono molteplici. Sul fronte nazionale è progressivamente affiorata la consapevolezza che il contratto pubblico è vincolante con pari forza per entrambi i protagonisti del rapporto. Lo *ius variandi* pubblico,

---

<sup>2</sup> Regio decreto del 23 maggio 1924, n. 827, «Regolamento per l’amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato».

<sup>3</sup> E. PRESUTTI, *Contratto d’appalto per la esecuzione di opere pubbliche; risoluzione in danno dell’Amministrazione per la inadempienza di questo*, in *Riv. dir. pubb.*, 1912, pt. II, 195.

pertanto, può riconoscersi solo nelle ipotesi previste dalla legislazione ovvero scaturenti da puntuali clausole negoziali.

A tale presa d'atto si è accompagnato il cambio di paradigma relativo alle finalità ispiratrici della legislazione sull'evidenza pubblica: il diritto europeo, a partire dagli anni '70, ha, infatti, cominciato a interessarsi massicciamente del fenomeno dei contratti pubblici, promuovendo l'idea per cui la predisposizione di regole efficienti non risponda all'esigenza di preservare gli interessi negoziali dell'amministrazione quanto piuttosto all'obiettivo di tutelare gli operatori economici attivi sul mercato delle commesse pubbliche, garantendo loro la possibilità di confrontarsi in condizioni di effettiva parità.

La tensione tra la logica contabilistica e quella pro-concorrenziale deve essere esaminata a partire dagli spunti che, sul punto, fornisce l'ordinamento europeo.

La disciplina in materia di contratti pubblici è stata affrontata in modo organico, ossia relativo sia al settore dei lavori che a quello dei servizi e delle forniture, solo con le prime direttive unificate, datate 2004<sup>4</sup>. Queste ultime, invero, trascuravano del tutto la fase dell'esecuzione, ivi compreso, ovviamente, il profilo relativo all'ammissibilità delle iniziative di modifica.

La disciplina si concentrava pressoché esclusivamente sulla fase di gara, sulla scorta dell'idea per cui in tale fase si esaurirebbero i profili inerenti al tema della imparzialità nell'assegnazione delle commesse.

La fase post-gara, di contro, veniva considerata priva di implicazioni sul piano del rispetto del principio di concorrenza e, dunque, scarsamente rilevante sul piano pubblicistico.

Nella direttiva 2004/18/CE, dedicata agli appalti nei settori ordinari, compariva un solo articolo sulla fase di esecuzione: l'art. 26, che consentiva alle stazioni appaltanti di inserire nei bandi o nei capitolati d'oneri condizioni di esecuzione dell'appalto ispirate a valutazioni di tipo ambientale o sociale. Non si trattava, dunque, di una norma autenticamente dedicata alla fase post-gara, quanto

---

<sup>4</sup> Direttiva 2004/18/CE relativa ai settori ordinari e direttiva 2004/17/CE relativa ai settori speciali.

piuttosto di una norma relativa alla selezione del contraente, sia pure “proiettata” sulle successive modalità di esecuzione delle prestazioni appaltate.

La sottovalutazione della fase di esecuzione, da parte del legislatore europeo, scaturiva da due premesse.

La prima era di tipo assiologico, e consisteva nell’idea per cui le norme sulla contrattualistica pubblica fossero ispirate al solo obiettivo della salvaguardia della *par condicio* tra le imprese operanti nel settore delle commesse pubbliche, non certo alla regolamentazione dei rapporti negoziali di cui le amministrazioni si rendono partecipi in veste di committenti. Tra la fase di gara e quella di esecuzione vi sarebbe, in altre parole, una netta cesura: soltanto la prima necessiterebbe di una disciplina speciale, ossia non corrispondente al diritto comune dei contratti, in ragione delle implicazioni pubblicistiche proprie di questa fase.

La seconda premessa concerneva l’idea per cui le vicende inerenti alla fase di esecuzione, in quanto successive al perfezionamento del vincolo contrattuale, non fossero mai idonee a compromettere “retroattivamente” l’imparzialità della selezione del contraente privato. In altre parole, le modifiche post stipula, in quanto cronologicamente afferenti alla fase negoziale, venivano sbrigativamente considerate prive di attitudine anticoncorrenziale.

Questo approccio è stato ben presto smentito dalla giurisprudenza della Corte di giustizia<sup>5</sup>, la quale ha puntualizzato come le cd. modifiche essenziali (su cui cfr.

---

<sup>5</sup> Corte di giust., 29 aprile 2004, *Commissione v. CAS Succhi di Frutta*, C-496/99, in *Racc.*, 2004, 3801 ss. La vicenda controversa aveva a oggetto un appalto aggiudicato dalla Commissione europea per la fornitura di confetture e succhi di frutta destinate alle popolazioni del Caucaso, remunerata con la fornitura di derrate di frutta. La modifica apposta riguardava il tipo di frutta corrisposta dalla Commissione: il pagamento, infatti, era avvenuto, di comune accordo tra le parti, in derrate di pesche, benché negli atti di gara fosse prevista la fornitura di mele e arance. A dolersi della sostituzione della frutta corrisposta e ad innescare il contenzioso era stata un’impresa che aveva inutilmente partecipato alla gara e che riteneva la rinegoziazione elusiva del principio di concorrenzialità degli affidamenti pubblici. La Commissione europea, in veste di stazione appaltante, ha articolato le proprie difese facendo perno sull’irrelevanza economica della modifica apposta, dalla quale si dovrebbe inferire la non anti-giuridicità della stessa. L’entità delle partite di pesche conferite era stata, infatti, quantificata applicando coefficienti economici tali da garantire la piena corrispondenza con il valore di mercato delle derrate di mele e arance originariamente previste nel contratto. La Corte di giustizia non ha accolto le prospettazioni della Commissione, puntualizzando come il dato decisivo non risieda nel grado di incidenza della stessa sul sinallagma, quanto sull’impatto determinato dalla modifica

*infra*) presentino concreti rischi per l'imparzialità degli esiti della selezione del contraente, rischi da ponderare nell'ambito di una valutazione da operarsi caso per caso e, soprattutto, in un'ottica di prognosi postuma. In questa prospettiva le modifiche non apponibili, perché *essenziali*, sarebbero quelle che introducono elementi di novità che, se fossero stati originariamente previsti negli atti di gara, avrebbero potuto indurre ulteriori operatori economici a partecipare alla gara medesima o, in alternativa, avrebbero potuto determinare un diverso esito della competizione.

Questi approdi giurisprudenziali sono stati presto recepiti dal diritto positivo.

Le direttive del 2014<sup>6</sup> prendono espressamente in considerazione la realtà delle modifiche apposte in corso di esecuzione del contratto pubblico, fornendo spunti orientati alla volontà di individuare una regola che rappresenti il bilanciamento tra due contrapposte esigenze: la tutela della concorrenza (che rischia di essere compromessa da una indiscriminata revisionabilità del contratto) e il bisogno di adattare i contenuti dei contratti di durata alle inevitabili sopravvenienze che possano interferire in modo significativo con gli interessi negoziali coinvolti nel contratto.

Tale punto di equilibrio, come anticipato, è stato trovato nella positivizzazione del parametro della essenzialità, il quale, tuttavia, presenta un innegabile carattere generale, che dischiude ampi spazi a disposizione dell'elaborazione giurisprudenziale, cui tuttora è rimessa la semantizzazione di questo ambiguo concetto.

## 2. Il "debutto" dei cd. interessi orizzontali

---

sull'imparzialità della selezione del contraente. La sentenza *Succhi di Frutta* ha inaugurato un filone piuttosto rigoroso, nell'ambito del quale la Corte si è mostrata propensa a riconoscere il "potenziale inquinante" delle modifiche rispetto all'imparzialità dell'aggiudicazione, potenziale che non necessariamente si associa ad un'incidenza della modifica di volta in volta scrutinata in senso incrementale rispetto al prezzo riscosso dal contraente privato.

<sup>6</sup> Cfr. l'art. 72 della direttiva 2014/24/UE nonché, in termini sostanzialmente identici, l'art. 43 della direttiva 2014/23/UE.

Il quadro si è progressivamente complicato in conseguenza dell'affermarsi degli obiettivi delineati dall'Agenda 2030, con la quale si è avviato un processo di integrazione degli "interessi orizzontali" nel quadro della legislazione sulla contrattualistica pubblica<sup>7</sup>. Tra questi, i più rilevanti sono, come noto, la sostenibilità ambientale e sociale, declinati in chiave strumentale rispetto al più generale obiettivo della promozione di un modello di sviluppo che aspira ad integrare anche istanze di tipo etico.

La presenza di questi nuovi interessi nell'arena degli interessi presi in considerazione dalla normativa sui contratti pubblici impone una riflessione approfondita, soprattutto quando, con riferimento alla fase di esecuzione, si affronta lo studio di istituti caratterizzati da una disciplina che si discosta dal diritto civile, come nel caso della revisione dei prezzi e delle modifiche contrattuali in generale.

I primi studi dedicati ai temi in questione hanno evidenziato come l'emersione degli interessi orizzontali non sia stata accompagnata da una consapevolezza adeguata circa la necessità di garantire la concreta attuazione dei principi ad essi collegati<sup>8</sup>. In altre parole, l'introduzione di tali obiettivi si è spesso limitata a enunciazioni formali, senza l'introduzione di regole idonee a consentire una effettiva verifica della loro realizzazione durante le diverse fasi del ciclo contrattuale.

Solo recentemente è emerso con maggiore chiarezza il problema della mancanza di un "guardiano" della sostenibilità, ossia di un apparato di regole orientate a controllare che i principi di sostenibilità ambientale e sociale trovino effettivo riscontro anche nella fase di selezione del contraente.

---

<sup>7</sup> Cfr. S. VALAGUZZA, *Governare per contratto*, Napoli, 2018; A. MALTONI, *Contratti pubblici e sostenibilità ambientale: da un approccio "mandatory-rigido" ad uno di tipo "funzionale"?*, in *Ceridap*, 2023, 3; E. CARUSO, *La funzione sociale dei contratti pubblici. Oltre il primato della concorrenza?*, Napoli, 2021; ID., *I contratti pubblici tra obiettivi di sostenibilità e finalità concorrenziali: alla ricerca di nuovi equilibri*, in *Persona e amministrazione*, 2022; F. FRACCHIA, P. PANTALONE, *Verso una contrattazione pubblica sostenibile e circolare secondo l'agenda ONU 2030*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2022, 243 ss.; F. DE LEONARDIS, *L'uso strategico della contrattazione pubblica: tra GPP e obbligatorietà dei CAM*, in *Riv. quad. amb.*, 2020, n. 3, 66.

<sup>8</sup> E. CARUSO, *La funzione sociale dei contratti pubblici*, cit., 467 ss.

Questa carenza rischia di compromettere la coerenza tra gli obiettivi di sostenibilità dichiarati in sede legislativa e professati anche nella documentazione di gara e le reali pratiche adottate durante l'esecuzione del contratto.

Continua, pertanto, a prevalere il tradizionale atteggiamento che vede nella fase di gara il centro gravitazionale degli interessi pubblicistici coinvolti nel fenomeno della contrattualistica pubblica. La fase di aggiudicazione viene, in altre parole, ancora considerata come il momento cruciale in cui vengono formulati i principi e le regole per tutelare gli interessi orizzontali, mentre la fase di esecuzione viene ritenuta meno rilevante agli occhi dello studioso di diritto amministrativo. Il che, purtroppo, spiana la strada a una sostanziale "neutralizzazione" dei principi e delle regole sanciti dal diritto positivo per la tutela degli obiettivi sociali e ambientali coinvolti nelle iniziative contrattuali dei soggetti pubblici.

### **3. Segue. Gli interessi orizzontali in fase di esecuzione: tra tutela della sostenibilità e rischi di neutralizzazione**

I rischi connessi all'assenza di strumenti di *enforcement* per le "regole di sostenibilità" risultano particolarmente concreti laddove si ponga mente ad una circostanza non revocabile in dubbio: il fatto che per il committente pubblico risulti poco "conveniente", e in astratto anche poco conforme alla logica del risultato (almeno laddove declinata in termini "assolutizzanti"), rilevare e "reagire" a eventuali inadempimenti relativi a obblighi di carattere sociale o ambientale.

In altri termini, occorre prendere atto di come, in concreto, i committenti pubblici siano poco propensi a interrompere anzitempo un rapporto negoziale in cui, in ipotesi, le prestazioni siano eseguite a regola d'arte, ma venga violata la clausola sociale o un'altra previsione di matrice contrattuale volta a perseguire obiettivi ecologicamente virtuosi.

Si tratta di una circostanza che riflette le difficoltà di conformare la condotta negoziale del committente pubblico a obiettivi potenzialmente in conflitto tra loro:

l'interesse pubblico alla corretta e celere esecuzione del contratto e quello a garantire (anche mediante una meticolosa e, giocoforza, *onerosa* attività di monitoraggio) l'effettività delle regole di sostenibilità ambientale e sociale.

Esiste, in altre parole, il concreto rischio che entrino in conflitto gli interessi negoziali della parte pubblica (cd. interessi pubblici in senso soggettivo) e gli interessi orizzontali (interessi pubblici in senso oggettivo), che invece si appuntano sulla salvaguardia di obiettivi sociali e ambientali che trascendono la causa in concreto del singolo contratto.

La tensione tra interessi pubblici in senso soggettivo e interessi pubblici in senso oggettivo è una costante nel diritto dei contratti pubblici, che assume sfumature molto rilevanti proprio nella fase esecutiva, durante la quale, per le ragioni anzidette, la "tolleranza" rispetto alle violazioni delle regole di sostenibilità rischia tuttora di essere, per il committente, la strada economicamente più efficiente.

In questa prospettiva meritano di essere esaminati due temi specifici rispetto ai quali il pericolo in questione si manifesta con particolare intensità.

Il primo concerne il controllo, in corso di esecuzione del contratto, sul rispetto del piano di riassorbimento presentato dall'appaltatore in sede di gara: all'indomani dell'aggiudicazione è tangibile il rischio di una inosservanza degli impegni assunti, rischio rispetto al quale l'ordinamento non predispone adeguati strumenti di verifica e sanzione. La disciplina attuale, in altre parole, risulta lacunosa nel garantire che tali piani siano effettivamente rispettati nel tempo.

Il secondo tema concerne l'ipotesi, tutt'altro che remota, dell'aumento dei costi della manodopera derivante dal rinnovo del CCNL in corso di esecuzione, con conseguenti pretese di revisione del prezzo previsto nel contratto stipulato.

In entrambi i casi il problema che si pone è quello di gestire la tensione tra due istanze confliggenti: da un lato, la necessità di garantire stabilità e certezza nelle relazioni contrattuali (*pacta sunt servanda*, anche a tutela dei terzi non aggiudicatari), dall'altro l'esigenza di riconoscere al contratto in corso di esecuzione un adeguato grado di adattabilità alle mutate condizioni (al fine di

tutelare la continuità del rapporto e l'esecuzione delle prestazioni dedotte in contratto).

#### **4. Il rinnovo del contratto collettivo in corso di esecuzione del contratto**

Il rinnovo del contratto collettivo rappresenta una sopravvenienza che pone questioni interpretative complesse, non solo durante la fase di esecuzione, ma anche in quella di gara.

In particolare, si tratta di un aspetto che coinvolge la verifica di anomalia e il controllo sui costi della manodopera, attività che, sebbene formalmente collocate nella fase pubblicistica di selezione del contraente, hanno ripercussioni sistematiche anche in fase di esecuzione. Sul punto è fondamentale comprendere, innanzitutto, come si effettua il controllo sui costi della manodopera in fase di gara, per poi valutare se lo sforzo di controllo messo in atto nella procedura comparativa si accompagna a un regime di adeguato monitoraggio in fase di esecuzione. Fino al primo correttivo al Codice del 2016<sup>9</sup> la verifica sui costi della manodopera in corso di gara avveniva solo nell'ambito del sub-procedimento di controllo dell'anomalia, che era (e tuttora è) di natura eventuale, e aveva (e ancora ha) come obiettivo l'accertamento della congruità e affidabilità dell'offerta nel suo complesso, in un'ottica prognostica rispetto all'obiettivo della corretta esecuzione delle prestazioni dedotte in appalto.

Di contro, questa verifica non si concentrava su singole voci di prezzo e risultava spesso incompleta.

In questo contesto è intervenuto il d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56, che, modificando il co. 10 dell'art. 95 del Codice del 2016, ha imposto alle stazioni appaltanti di verificare sempre e necessariamente il rispetto dei costi della manodopera prima dell'aggiudicazione, anche per le offerte inferiori alla soglia di anomalia. La portata innovativa di questa norma risiede nel fatto che essa riconosce al controllo sui costi della manodopera una funzione autonoma rispetto a quella

---

<sup>9</sup> D. lgs. 18 aprile 2016, n. 56.

sull'anomalia, garantendo che le offerte valutate siano conformi ai minimi salariali e contributivi previsti dalla contrattazione collettiva. Ciò a tutela di interessi che trascendono la dimensione endo-negoziale della corretta esecuzione delle prestazioni appaltate, e che consistono nella tutela del diritto dei lavoratori alla giusta ed equa retribuzione.

Nella prassi, tuttavia, le ricadute della novella legislativa sono state alquanto circoscritte, probabilmente, a causa del fatto che essa individuava, quale parametro di riferimento del controllo, i minimi salariali retributivi di cui alle tabelle ministeriali. Il che (trattandosi di valori economici medi) ha impresso al controllo medesimo connotati di intrinseca flessibilità.

Ad ogni modo, quel che merita di essere evidenziato è il fatto che tale controllo riguardi non solo la capacità dell'impresa di stimare correttamente i costi, ma anche la sua capacità di rispettare gli obblighi retributivi e contributivi durante l'esecuzione del contratto, dal momento che un importo incongruo può, con ogni evidenza, concretizzare un rischio di inadempimento totale o parziale.

Queste considerazioni sul diverso orientamento teleologico della verifica sui costi della manodopera, da un lato, e della verifica sulla anomalia dell'offerta, dall'altro, originariamente sviluppate in relazione al d.lgs. n. 50/2016, risultano ancora attuali sotto la vigenza del d. lgs. n. 36/2023.

Rispetto a quest'ultimo a venire in rilievo sono gli articoli 11 e 102, con riferimento alla verifica dei costi della manodopera, e l'art. 110 dedicato, invece, alla verifica di anomalia. Il principale tratto di discontinuità, rispetto alla disciplina anteriore al codice del 2023, risiede nel fatto che il codice vigente impone di condurre la verifica dei costi della manodopera alla luce dei contenuti normativi e retributivi del CCNL indicato negli atti di gara – o di quello equivalente scelto dall'operatore economico – e non più dei minimi salariali retributivi di cui alle tabelle ministeriali.

In questo mutato contesto il Consiglio di Stato ha puntualizzato come «La verifica sui costi di manodopera si caratterizza per il carattere vincolato dell'attività e mira alla comprova del rispetto dei minimi salariali e contributivi inderogabili, come

fissati dalla contrattazione collettiva, in una logica che sostanzialmente opera in modalità on/off a tutela delle maestranze.

E' evidente, peraltro, che l'analisi sui costi per la manodopera indicati in gara non sottintende unicamente la verifica della capacità dell'impresa di stimare correttamente la presumibile spesa per tale fattore di produzione (e dunque la congruità della stima in sé considerata), ma, in termini sostanziali, la capacità dell'impresa di assolvere agli obblighi retributivi e contributivi durante il rapporto contrattuale, talché un importo incongruo non è solo il frutto di un'analisi errata, ma la spia di un potenziale rischio di non correttezza in fase esecutiva (in questo senso, è mutuabile la logica sottesa al subprocedimento di verifica dell'anomalia)»<sup>10</sup>.

L'approdo, dunque, è chiaro, e consiste nel segnare una differenza netta tra il carattere vincolato della verifica sui costi della manodopera e quello, eminentemente discrezionale, del controllo di anomalia.

Al contempo la pronuncia correttamente evidenzia come la differente tecnica di esecuzione dei due tipi di valutazione non implichi una differenza assoluta sul piano delle rispettive funzioni. Entrambe le valutazioni, infatti, sono utili a disvelare il rischio di scarsa affidabilità dell'operatore selezionato, con la sola – ma non trascurabile – differenza che il controllo sui costi della manodopera non esaurisce il proprio scopo in tale potenziale disvelamento, trovando piuttosto la propria *ratio* principale e caratterizzante nella garanzia di effettività del principio costituzionale di tutela del diritto dei lavoratori ad una retribuzione equa.

Tanto premesso circa i punti di contatto e di divergenza tra i due tipi di controllo occorre, a questo punto, concentrarsi sulle conseguenze, circa le sorti della verifica di anomalia e di quella relativa ai costi della manodopera, laddove esse siano in corso al momento del rinnovo del CCNL indicato in sede di offerta dall'operatore economico. L'interrogativo, sul punto, concerne l'applicabilità del principio del *tempus regit actum* o, in alternativa, la necessità di valutare, nel corso di ciascuno dei

---

<sup>10</sup> Cons. St., sez. V, 8 gennaio 2025, n. 126.

due tipi di controllo sopra citati, i costi del lavoro derivanti dalla nuova tornata di contrattazione collettiva.

In merito le posizioni della giurisprudenza amministrativa<sup>11</sup> sono sostanzialmente univoche nel riconoscere come la verifica di anomalia, così come quella sul costo della manodopera, non possa prescindere dalle variazioni retributive ascrivibili all'adozione di un nuovo CCNL. Ciò per la semplice ragione per cui il nuovo CCNL è destinato a trovare applicazione al personale impiegato nell'appalto, il che renderebbe inutile effettuare verifiche che utilizzino parametri obsoleti.

Sottostante a questa posizione vi è, senza dubbio, anche l'idea della prevedibilità dei rinnovi contrattuali, punto su cui, tuttavia, lo scenario sembra più problematico di quanto non risulti dalle sentenze che si sono occupate del tema.

Se è vero, infatti, che il rinnovo in sé è una circostanza prevedibile per un operatore di media diligenza, lo stesso non vale sempre e comunque per l'entità dello stesso e per le circostanze concrete su cui il rinnovo interviene. Ciò dovrebbe indurre il giudice a valutazioni caso per caso, e, sul fronte procedimentale, dovrebbe consentire alle stazioni appaltanti di accogliere giustificazioni che contengano elementi di novità relativi ai contenuti dell'offerta (purché strettamente circoscritti alla necessità di adeguamento alla sopravvenienza).

Il tema del rinnovo del contratto collettivo non si pone, ovviamente, solo con riferimento all'ipotesi della sua sopravvenienza nel lasso di tempo intercorrente tra la presentazione dell'offerta e il compimento del controllo di anomalia o del controllo sui costi della manodopera. Assai più frequente è l'ipotesi in cui il rinnovo del CCNL sopravvenga nel corso della fase di esecuzione, cui specificamente è dedicato il presente contributo.

Ebbene, il punto di partenza per esaminare questa ipotesi, e più in generale il problema delle sopravvenienze in fase di esecuzione del contratto, risiede nella consapevolezza dell'impossibilità di attingere alla disciplina civilistica e, segnatamente, all'art. 1664 c.c., dedicato al contratto di appalto tra privati.

---

<sup>11</sup> Cons. St., sez. V, 12 novembre 2024, n. 9042; id., sez. V, 15 gennaio 2024, n. 453; id., sez. V, 7 luglio 2023, n. 6652; di segno diverso, cfr. la più risalente Cons. St., sez. III, 27 marzo 2014, n. 1487.

Ciò sulla base di un semplice criterio ermeneutico della specialità: il tema delle sopravvenienze in corso di esecuzione del contratto tra amministrazioni aggiudicatrici e operatori economici è trattato da norme puntualmente dedicato alle fattispecie pubblicistiche, e questo rende non pertinenti le regole dettate dal codice civile<sup>12</sup>.

Prendendo le mosse da questa premessa occorre concentrarsi sulla disciplina dei contratti pubblici, per comprendere se quest'ultima prenda espressamente in considerazione l'ipotesi in esame ovvero se, rispetto ad essa, occorra cimentarsi in una attività interpretativa che prenda le mosse da norme non puntualmente dedicate al caso del sopravvenuto rinnovo del CCNL.

In questa prospettiva le scelte di diritto positivo mostrano un andamento ondivago. Limitando l'analisi retrospettiva alla normativa interna dell'ultimo quarto di secolo ci si avvede, infatti, di una serie di ripensamenti, che danno contezza sia della complessità delle implicazioni sottese all'ipotesi in esame sia dell'assenza di vincoli europei.

Il codice del 2006 prevedeva, per gli appalti di lavori, il sistema del prezzo chiuso (eccezion fatta per le compensazioni legate a oscillazioni dei materiali da costruzione) e, al contempo, la regola della obbligatoria previsione della clausola revisionale per gli appalti di servizi e forniture.

Con il successivo codice del 2016 è stata introdotta una norma generale dedicata alle modifiche in corso di esecuzione, che si occupava anche (ma, ovviamente, non solo) della revisione dei prezzi, stabilendo che la stessa fosse facoltativamente prevedibile nei documenti di gara in clausole chiare precise e inequivocabili. In tutti i tre settori ordinari, dunque, la predisposizione di una clausola revisionale veniva considerata alla stregua di una mera facoltà, il cui mancato esercizio non era sindacabile in sede giurisdizionale. Il tutto in coerenza con un approccio che guardava con prudenza alle ipotesi di modifica del contenuto negoziale, in quanto

---

<sup>12</sup> Anac, parere n. 37 del 13 settembre 2022; Cons. St., sez. III, 19 giugno 2018, n. 3768; id., sez. III, 25 marzo 2019, n. 1980.

portatrici di una potenziale svalutazione degli esiti delle dinamiche concorrenziali attivate in fase di gara.

Dal 2016 ad oggi lo scenario è cambiato.

Il periodo pandemico e la crisi geopolitica tuttora in atto hanno contribuito all'affermazione di un nuovo paradigma di riferimento, nel quale il totem dell'intangibilità del contenuto negoziale ha ceduto il passo ad una più realistica presa d'atto della necessità di non sottovalutare l'esigenza di adattamento del contenuto negoziale (e dunque di preservazione del contratto) a fronte delle sopravvenienze che fisiologicamente occorrono nei contratti di durata.

Di questo rinnovato approccio, che coinvolge tanto gli appalti pubblici quanto le fattispecie civilistiche, dà conto con puntualità e approfondimento sistematico la relazione della Corte di Cassazione, la quale individua nell'articolo 2 della carta costituzionale la premessa assiologica del *favor* che l'ordinamento riserva (o *riserverebbe* a seconda della prospettiva adottata dal lettore) ai rimedi manutentivi in luogo di quelli demolitori.

Il diritto positivo riflette questa rinnovata sensibilità. Il d.l. 27 gennaio 2022, n. 4 ristabiliva, infatti, per gli appalti di servizi e forniture, l'obbligatorio inserimento nella documentazione di gara della clausola revisionale<sup>13</sup>.

Il d.l. sopracitato ha anticipato il contenuto dell'attuale codice dei contratti, che riproduce e "stabilizza" - all'art. 60 - l'obbligatorietà della clausola revisionale, stabilendo un regime di limiti variabili a seconda del settore di afferenza del contratto di volta in volta considerato.

La norma in questione può risultare deludente per chi in essa cerchi risposte puntualmente dedicate al problema dell'incremento del costo del lavoro in corso di esecuzione del contratto.

Questa delusione, peraltro, risulta particolarmente giustificata laddove si ponga mente al fatto che la legge delega da cui è scaturito il d.lgs. n. 36/2023, espressamente menzionava, tra le circostanze legittimanti la revisione, la

---

<sup>13</sup> La disciplina relativa al settore dei lavori è tradizionalmente più articolata: cfr. l'art. 1 *septies* del d.l. 25 maggio 2021, n. 73; l'art. 26 del d.l. 17 maggio 2022, n. 50 e l'art. 29 del d.l. n. 4/2022.

variazione del costo derivante dal rinnovo dei CCNL sottoscritti dalle associazioni dei datori di lavoro e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, applicabili in relazione all'oggetto dell'appalto. Cionondimeno il codice, anche dopo le sopramenzionate novelle, non dedica alcuna espressa previsione a questa ipotesi, tutt'altro che infrequente.

La ristabilita obbligatorietà della clausola revisionale ripropone il tema delle conseguenze del mancato inserimento della clausola.

Sul punto le soluzioni astrattamente possibili sono due.

La prima consiste nella tesi dell'illegittimità del bando per difetto della clausola in questione, con conseguente onere di immediata impugnazione da parte delle imprese che, in caso di vittorioso esito della procedura di gara, potrebbero avere interesse a rivendicare la revisione del prezzo in senso incrementale. Si tratta, tuttavia, di una lettura poco garantista per le imprese attive nel mercato delle commesse pubbliche e, soprattutto, poco coerente con il nostro sistema di giustizia che, come noto, pretende la attualità e concretezza della lesione determinata dall'atto impugnato in capo al ricorrente.

Più persuasiva è la seconda opzione, ossia quella che postula l'eterointegrazione del contratto.

Questa tesi è già stata formulata sotto la vigenza del codice del 2006, che parimenti prevedeva l'obbligatorietà della clausola revisionale, ed oggi trova pieno riscontro sia in giurisprudenza sia nelle delibere Anac<sup>14</sup>. In questa prospettiva non vi sono, pertanto, oneri di immediata impugnazione, dal momento che la lacuna del bando viene sanata dal meccanismo etero-integrativo, pienamente coerente con la natura imperativa della norma che prevede l'obbligatorietà della clausola revisionale.

Di contro, nella diversa (e meno verosimile) ipotesi in cui nel bando venga espressamente esclusa l'operatività del meccanismo revisionale la conseguenza che si verrà a profilare non potrà che essere la nullità della clausola in questione, in quanto contrastante con una norma imperativa<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> Cfr. del Anac 8 maggio 2024, n. 222; Tar Lazio, sez. III *quater*, 7 luglio 2022, n. 9267; Tar Sicilia, 18 ottobre, n. 3088; Tar Lazio, sez. III, 10 ottobre 2022, n. 12810.

<sup>15</sup> Tar Lazio, sez. IV, 21 aprile 2022, n. 4793.

Le considerazioni sinora svolte discendono dall'accettazione di un presupposto di partenza, il quale tuttavia è tutt'altro di pacifico: il fatto che la variazione del costo del lavoro derivante dal rinnovo del CCNL possa essere considerata alla stregua di una *particolare condizione di natura oggettiva* (come richiesto dal co. 2 dell'articolo sopracitato, ossia l'art. 60 del codice vigente).

Sul punto, invero, le posizioni della giurisprudenza non sono univoche.

Il punto di vista prevalente è quello che ritiene che il rinnovo del CCNL rientri nell'alea imprenditoriale dell'operatore economico e che, quindi, tale circostanza non possa fungere da idoneo presupposto della revisione.

Questa posizione, tuttavia, sta cominciando a conoscere qualche incrinatura<sup>16</sup>, con riguardo alle ipotesi in cui la parte svantaggiata riesca a dimostrare il carattere straordinario dell'entità dell'aumento introdotto dal nuovo contratto collettivo. In coerenza con la accresciuta sensibilità per i rimedi manutentivi si sta, in altre parole, facendo strada la tesi che non esclude in termini assoluti e pregiudiziale l'eccezionalità del rinnovo, optando piuttosto per una valutazione da operarsi caso per caso e con specifico riferimento alla portata effettivamente innovativa e imprevedibile dei contenuti del nuovo contratto.

Se, infatti, in astratto l'eventualità del rinnovo non può dirsi di per sé eccezionale<sup>17</sup>, occorre considerare che l'attributo della eccezionalità in molti casi può essere ragionevolmente riferito alla *portata* della modifica introdotta per effetto del

---

<sup>16</sup> Tar Campania, sez. I, 13 giugno 2024, n. 3735, che equipara il rinnovo del CCNL alla «sopravvenienza di nuove disposizioni legislative o regolamentari o provvedimenti di autorità od enti preposti alla tutela di interessi rilevanti», annoverata tra le fattispecie legittimanti la modifica in corso di esecuzione dal co. 1, lett. c), n. 2 dell'art. 120 del vigente codice dei contratti pubblici. I giudici, in particolare, hanno affermato che tra le disposizioni legislative o regolamentari «vi debbano rientrare i contratti collettivi nazionali di lavoro, in ragione della loro inderogabilità e per la natura che rivestono (dall'art. 2 del d.lgs. n. 40/2006 che, modificando l'art. 360 c.p.c., ammette al n. 3 il ricorso per Cassazione per violazione di norme dei contratti accordi collettivi nazionali di lavoro, la dottrina giuslavoristica ne ha finanche desunto la riconducibilità alle fonti di diritto)».

<sup>17</sup> Cons. St., sez. VII, 26 giugno 2024, n. 5659, in cui si riscontra come nella fattispecie controversa il rinnovo fosse prevedibile in virtù di una serie di circostanze tra cui il fatto che la gara fosse stata bandita «a molti anni di distanza dal precedente rinnovo contrattuale ed allorquando comunque la fase acuta della pandemia era ormai in regressione, in uno scenario, quindi, in cui un operatore economico diligente avrebbe potuto immaginare in prospettiva un progressivo incremento del costo del lavoro nel corso di un appalto di durata pluriennale qual è quello per cui è causa».

rinnovo. Il caso paradigmatico, rispetto a questo profilo, è rappresentato dal rinnovo del CCNL delle cooperative sociali per il periodo 2023-2025, che ha portato ad un'eccezionale e non prevedibile alterazione delle condizioni normative e soprattutto retributive previste dalla fonte collettiva (nella versione del 2020).

In ogni caso, la riconducibilità dell'ipotesi del rinnovo negoziale nel perimetro oggettivo di applicazione della normativa sulla revisione dei prezzi deve essere criticamente considerata anche con riferimento all'opzione alternativa possibile: quella secondo cui il rinnovo andrebbe considerato alla stregua di una delle «circostanze imprevedibili» disciplinate dall'art. 120, co. 1, lettera c), del d. lgs. n. 36/2023.

Questa ricostruzione è stata, nel recente passato, prospettata dalla giurisprudenza, la quale, prima dell'entrata in vigore del codice del 2023, doveva approcciarsi al tema del rinnovo del CCNL in corso di esecuzione in un contesto in cui, come si è visto, l'ordinamento non prescriveva l'obbligatoria formulazione della clausola revisionale negli atti di gara.

Nell'odierno contesto, invece, l'interprete deve confrontarsi con il delicato problema della qualificazione del rinnovo del contratto collettivo in termini di elemento legittimante la revisione dei prezzi ai sensi dell'art. 60 del codice ovvero come circostanza imprevedibile idonea a giustificare l'adozione di una modifica ai sensi dell'art. 120 del medesimo codice.

L'alternativa non è priva di conseguenze concrete e, come di seguito si avrà modo di riferire, tutt'altro che di semplice trattazione.

Le conseguenze dell'adozione di una prospettiva anziché dell'altra risiedono nei differenti limiti quantitativi dell'"intervento" possibile sul contenuto negoziale e, segnatamente, sull'entità del corrispettivo a carico del committente pubblico.

In tema di revisione dei prezzi, infatti, l'articolo 60, come modificato dal recente decreto correttivo<sup>18</sup>, delinea, per ciascun settore di afferenza del contratto considerato, un regime caratterizzato da un duplice limite percentuale: uno relativo

---

<sup>18</sup> D. lgs. 31 dicembre 2024, n. 209.

all'entità della revisione e l'altro relativo alla "porzione" di prezzo su cui la revisione è destinata ad operare.

Di contro, per le sopravvenienze che costituiscono circostanze imprevedibili per la stazione appaltante, l'articolo 120<sup>19</sup> pone soltanto il divieto di incrementi di prezzo superiori al 50%.

Ecco che, dunque, il corretto inquadramento del rinnovo del CCNL nel complesso panorama delle sopravvenienze rappresenta un problema di evidente concretezza. La sopracitata lettera c) del primo comma dell'art. 120 include, tra le sopravvenienze idonee a determinare una modifica soggetta al regime e ai limiti dello stesso articolo 120, le «esigenze derivanti da nuove disposizioni legislative o regolamentari o da provvedimenti sopravvenuti di autorità o enti preposti alla tutela di interessi rilevanti». Il dubbio che, al cospetto di questa norma, si profila riguarda pertanto la possibilità di considerare il rinnovo del contratto collettivo alla stregua di una *soppravvenienza normativa*. Opzione, quest'ultima, tutt'altro che assurda laddove si consideri che l'articolo 360 c.p.c. – nella versione novellata nel 2006<sup>20</sup> – ammette il ricorso per Cassazione per violazione di norme dei contratti collettivi di lavoro, in ragione, per l'appunto, della riconosciuta natura di fonti del diritto dei CCNL.

Cionondimeno la riconduzione del rinnovo contrattuale ad una ipotesi di modifica *ex art. 120 del d. lgs. n. 36/2023* non convince per un dato di natura sistematica, ossia in ragione del fatto che la presenza di una norma puntualmente dedicata alla revisione del prezzo impone, per converso, di ritenere che la norma generale in tema di modifiche (l'art. 120 del vigente codice dei contratti) debba riguardare soltanto le modifiche aventi ad oggetto il contenuto delle prestazioni diverse dal pagamento del corrispettivo economico<sup>21</sup>. L'incremento del costo del lavoro, derivante dal rinnovo del CCNL, in quanto circostanza idonea ad incidere sull'entità del prezzo di aggiudicazione, deve, pertanto, di essere considerata alla stregua di una fattispecie di possibile revisione del prezzo.

---

<sup>19</sup> Cfr. il co. 1 lett. c) e il co. 2.

<sup>20</sup> D. lgs. 2 febbraio 2006, n. 40.

<sup>21</sup> Tar Lombardia, sez. I, 10 marzo 2022, n. 239; Cons. St., sez. V, 1 ottobre 2024, n. 5690.

Questa conclusione, tuttavia, dischiude ulteriori e altrettanto delicati problemi di inquadramento, che concernono la natura delle situazioni soggettive coinvolte nelle dinamiche revisionali e le conseguenze processuali di tale inquadramento.

Sotto questo profilo la posizione più convincente è quella che condiziona la natura delle situazioni giuridiche coinvolte alla formulazione della clausola revisionale. In concreto, se la clausola revisionale neutralizza i margini di apprezzamento discrezionale del committente pubblico il giudice munito di giurisdizione rispetto alle pretese revisionali deve essere il giudice ordinario, giacché in tali ipotesi sostanzialmente si rivendica l'esecuzione di una prestazione già dettagliatamente prevista nel contratto. Di contro, laddove la clausola revisionale sia formulata in modo da lasciare al committente margini di apprezzamento in merito all'applicazione della revisione, le posizioni implicate andrebbero a configurarsi in senso pubblicistico (ossia come interessi legittimi pretensivi e, sul fronte del committente, in termini di potere) con conseguente giurisdizione del giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva. Sul punto convergono anche le posizioni dottrinali più autorevoli, che in modo convincente parlano della revisione come «focolaio pubblicistico»<sup>22</sup> inserito in un contesto caratterizzato dalla pariteticità come quello della fase esecutiva.

La qualificazione pubblicistica della fattispecie revisionale (nei casi in cui la formulazione della clausola deponga in questo senso) determina anche conseguenze ulteriori rispetto a quelle in punto di giurisdizione. Le conseguenze in questione concernono il dovere, per le amministrazioni destinatarie di istanze di revisione, di intraprendere un procedimento amministrativo destinato a concludersi con l'adozione di un provvedimento. Il che implica, per evidenti ragioni sistematiche, che l'eventuale mancata conclusione espressa del procedimento in questione possa dar luogo all'instaurazione, per iniziativa del contraente privato titolare della pretesa alla revisione, di un giudizio avverso il silenzio<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup> GOISIS – PANTALONE, *La revisione dei prezzi negli appalti pubblici come condizione per l'attuazione del PNRR, tra principi eurounitari e vischiosità normative nazionali*, in *Dir. amm.*, 1, 2023, 97 ss.

<sup>23</sup> Tar Sicilia, Palermo, sez. I, 10 agosto 2023, n. 2629.

## 5. Il controllo sul rispetto del piano di riassorbimento

L'incremento del costo della manodopera non è l'unica ipotesi che costringe l'interprete a confrontarsi con il problema del bilanciamento, in fase di esecuzione, tra obiettivi di sostenibilità sociale e di razionale gestione delle sopravvenienze. Lo stesso problema si pone con riguardo al tema del controllo, più o meno stringente, da compiersi circa l'effettiva osservanza, da parte dell'appaltatore, del piano di riassorbimento presentato in sede di gara in ossequio alla clausola sociale.

La prima definizione di piano di riassorbimento si rinviene nelle Linee guida Anac n. 13, (approvate con delibera n. 114 del 13 febbraio 2019), par. 3.5, laddove si dispone che «La stazione appaltante prevede, nella documentazione di gara, che il concorrente alleggi all'offerta un progetto di riassorbimento, comunque denominato<sup>24</sup>, atto ad illustrare le concrete modalità di applicazione della clausola sociale, con particolare riferimento al numero dei lavoratori che beneficeranno della stessa e alla relativa proposta contrattuale (inquadramento e trattamento economico). La mancata presentazione del progetto, anche a seguito dell'attivazione del soccorso istruttorio, equivale a mancata accettazione della clausola sociale con le conseguenze di cui al successivo punto 5.1. Il rispetto delle previsioni del progetto di riassorbimento sarà oggetto di monitoraggio da parte della stazione appaltante durante l'esecuzione del contratto».

In linea di continuità con lo scenario previgente si colloca il d. lgs. n. 36/2023, che all'art. 102, rubricato «*Impegni dell'operatore economico*» dispone:

---

<sup>24</sup> Il tema della necessità di allegare un progetto di riassorbimento è stato esaminato dal parere del Consiglio di Stato del 21 novembre 2018, n. 2703 relativo allo schema delle Linee guida Anac relative alla disciplina delle clausole sociali. Secondo il Consiglio di Stato «tale piano di compatibilità dovrebbe anche rendere esplicito quale concreta condotta l'aggiudicatario intenda adottare per rispettare l'obbligo nei confronti dei lavoratori interessati, condotta che dovrebbe coincidere con la formulazione di una vera e propria proposta contrattuale». Queste indicazioni non sono state recepite nelle Linee guida, che prevedevano soltanto l'allegazione di «un progetto di riassorbimento, comunque denominato».

– al primo comma, che nei bandi, negli avvisi e negli inviti le stazioni appaltanti, tenuto conto della prestazione oggetto del contratto, richiedano agli operatori economici di assumere l'impegno di garantire la stabilità occupazionale del personale impiegato;

– al secondo comma, che l'operatore economico indichi nell'offerta le modalità con le quali intende adempiere quegli impegni. Il medesimo articolo prescrive altresì che la stazione appaltante verifichi l'attendibilità degli impegni assunti con qualsiasi mezzo adeguato, anche mediante le modalità proprie della verifica di anomalia, solo nei confronti dell'offerta dell'aggiudicatario.

Mettendo a confronto il testo delle Linee guida Anac con quello del vigente articolo 102 del codice dei contratti pubblici ci si avvede di una importante discontinuità, riconducibile a due elementi.

Il primo concerne il fatto che l'articolo 102 non menziona più espressamente il piano di riassorbimento. Il secondo riguarda la mancata previsione, da parte del medesimo articolo, di puntuali obblighi di verifica, in corso di esecuzione, sull'effettivo rispetto dell'impegno assunto in sede di gara sul piano della stabilità occupazionale.

Il nuovo codice, alla luce dei due predetti elementi di novità, sembra, pertanto, adottare un approccio più morbido in tema di cogenza della clausola sociale ed *enforcement* della stessa all'indomani della stipula.

Questa affermazione merita di essere contestualizzata, e in particolare messa in relazione con un ulteriore elemento: il fatto che già con riferimento alla fase di gara la giurisprudenza abbia chiarito come gli impegni in tema di riassorbimento non debbano travalicare i limiti di compatibilità con il fabbisogno richiesto dall'esecuzione del nuovo contratto e con la pianificazione e organizzazione definitiva del nuovo assuntore.

Questa elasticità è funzionale alla tutela di una pluralità di obiettivi, primo fra tutti quello del buon andamento e del risultato: se, in ipotesi, fosse imposto all'appaltatore di assumere tutte le unità di personale già in forze all'appaltatore

uscente si assisterebbe ad una lievitazione dei costi a carico dell'aggiudicatario, con conseguenti rischi sul piano dell'adempimento a regola d'arte delle prestazioni dedotte in contratto.

A ciò si aggiunge anche una considerazione, forse meno intuitiva, in merito alla tutela degli interessi dei lavoratori coinvolti. In merito si è osservato come l'ipotesi di una obbligatoria riassunzione di tutti i lavoratori impiegati nella commessa conclusa avrebbe quale effetto paradossale quello di "legare" il lavoratore non già ad una struttura aziendale bensì ad un contratto di appalto «il che disincentiverebbe l'assunzione a tempo indeterminato (...) ad onta delle politiche giuslavoristiche moderne che promuovono (o dovrebbero promuovere), invece, la stabilità occupazionale»<sup>25</sup>.

Questa flessibilità (che, sia detto per inciso, riguarda anche le clausole sociali dettate dai contratti collettivi), se da un lato è necessaria a presidio degli interessi sopra richiamati, dall'altro rischia di trasformarsi in arbitrio laddove non adeguatamente presidiata.

Invero l'affermazione che precede non è pacifica come si potrebbe essere indotti a ritenere. Ad essa, infatti, si sono a lungo contrapposte le posizioni delle Istituzioni europee, e segnatamente della Commissione e della Corte di giustizia, le quali hanno ritenuto che gli obblighi ambientali e sociali potessero, al massimo, consistere in condizioni particolari di esecuzione (cfr. l'attuale art. 113 del codice dei contratti pubblici), ma, di contro, non potessero precludere le prospettive di partecipazione alla gara degli operatori economici interessati alla commessa. In altre parole, secondo la prospettiva soprarichiamata, le stazioni appaltanti in sede di gara potrebbero pretendere solo la formale accettazione della clausola sociale, mentre la verifica sul suo effettivo rispetto sarebbe interamente demandata alla fase di esecuzione.

Questa ricostruzione non convince, per una serie di ragioni.

In primo luogo, perché postula una strutturale debolezza degli interessi sociali rispetto a quelli che tradizionalmente popolano lo spazio decisionale a disposizione

---

<sup>25</sup> Tar Puglia, sez. II, 13 gennaio 2025, n. 31.

dei compratori pubblici. Il tutto sulla scorta di una visione pan-concorrenziale che sta mostrando la propria crescente inadeguatezza.

Inoltre, la tesi in esame rischia di creare effetti iniqui proprio sul piano della competizione concorrenziale. Ritenendo che ai fini della partecipazione alla gara sia sufficiente la formale accettazione degli obblighi di natura sociale l'effetto che rischia di determinarsi è quello di una sottovalutazione, in sede di predisposizione dell'offerta, dei costi che l'assunzione degli obblighi medesimi comporta. Ciò a discapito, ovviamente, della effettiva sostenibilità finanziaria dell'offerta e, dunque, in definitiva della sua serietà.

A ben vedere il rischio appena prospettato è analogo a quello che si rintraccia con riferimento agli obblighi assunzionali di donne e lavoratori giovani (cfr. l'art. 57 del codice dei contratti). Dal momento che la sostenibilità e il rispetto di tali obblighi viene verificato solo in fase di esecuzione gli operatori economici possono essere tentati di assumere gli obblighi *de qua* in sede di partecipazione alla gara, senza ponderare adeguatamente l'impatto degli obblighi medesimi sull'organizzazione aziendale e sulla economicità dell'offerta in concreto sottoposta alla stazione appaltante.

Rispetto a questa linea di pensiero, tutta orientata a relegare in fase di esecuzione il rilievo degli obblighi sociali, la legislazione degli ultimi anni ha introdotto significative novità, prima fra tutte l'obbligo di presentazione in sede di gara del piani di riassorbimento, grazie al quale nella fase di selezione del contraente emerge una "momento" di valutazione relativa alla effettiva serietà e concretezza degli impegni di ordine sociale che l'offerente assume nella prospettiva della aggiudicazione della commessa.

Invero, il vigente articolo 102 del codice dei contratti pubblici non menziona espressamente il piano di riassorbimento, che, invece, compariva nel corrispondente articolo del codice del 2016. La disposizione vigente stabilisce che per i fini di tutela della stabilità occupazionale «l'operatore economico indica nell'offerta le modalità con le quali intende adempiere quegli impegni» e al contempo che la stazione appaltante in sede di gara verifica nei confronti

dell'aggiudicatario «l'attendibilità degli impegni assunti con qualsiasi adeguato mezzo, anche con le modalità di cui all'articolo 110» ossia con le modalità del controllo di anomalia.

Il mancato riferimento al piano di riassorbimento si presta a letture differenti. Si può, infatti, ragionevolmente ritenere che la norma vigente non abbia sul punto recato innovazioni decisive, da momento che l'indicazione delle modalità di assunzione degli impegni sociali di fatto consisterebbe con il contenuto caratterizzante del cd. piano di riassorbimento. In alternativa si può affermare che il codice non pretende più la produzione in sede di offerta del piano di riassorbimento, "accontentandosi" della indicazione delle modalità di adempimento degli obblighi sociali imposti dalla normativa vigente. Pertanto, in assenza di una previsione negli atti di gara che imponga agli offerenti di presentare un "vero e proprio" piano di riassorbimento, a carico degli operatori economici sussisterebbe un onere di allegazione meno gravoso di quello risultante dal codice del 2016<sup>26</sup>.

Sul punto sarà la giurisprudenza a dover indicare cosa esattamente debba intendersi per esplicitazione in sede di gara delle modalità di adempimento degli obblighi sociali. L'auspicio non può che consistere nell'affermazione di una linea interpretativa orientata a riconoscere e garantire l'effettività della clausola sociale di riassorbimento e, per essa, la dignità intrinseca dei cd. interessi orizzontali. Ciò al fine di superare la situazione odierna che, come si è accennato, è caratterizzata dal fatto che gli obblighi di riassorbimento del personale uscente risultano, nel quadro degli interessi sociali, quelli meno presidiati e, pertanto, più facilmente eludibili in fase di esecuzione.

Basti, in proposito, mettere a confronto l'impegno al riassorbimento con gli altri impegni di carattere sociale. Per gli obblighi di equo trattamento, infatti, opera il meccanismo sostitutivo di cui ai commi 5 e 6 dell'art. 11 del codice dei contratti pubblici, che si traduce nella necessità, per le stazioni appaltanti, di valutare con prudenza il contratto collettivo da indicare in sede di gara. Ciò per la semplice

---

<sup>26</sup> Cfr. sempre Tar Puglia, n. 31/2025.

ragione per cui nel caso in cui venga indicato un contratto inappropriato il giudice del lavoro potrà riconoscere ai lavoratori coinvolti nella commessa l'applicazione di un contratto più garantista, con il rischio di un incremento del costo della manodopera tale da compromettere l'equilibrio del sinallagma e la regolare esecuzione delle prestazioni.

Per gli obblighi di occupazione promozionale, ad esempio quelli previsti in favore di giovani e donne dall'Allegato II. 3 al codice (richiamato dall'art. 57 del codice medesimo), prevede l'irrogazione di penali in caso di mancata osservanza.

In questo contesto l'assenza di specifiche regole destinate a contrastare la violazione, in fase di esecuzione, degli obblighi di riassorbimento risulta particolarmente rilevante sul piano del difetto di coerenza del sistema normativo nel suo complesso. Ciò è corroborato dall'idea, autorevolmente rappresentata in dottrina, secondo cui l'inosservanza degli obblighi in questione non potrebbe determinare la risoluzione del rapporto per inadempimento<sup>27</sup>. L'osservanza degli obblighi sociali, infatti, non può essere assimilata alla mancata esecuzione delle prestazioni contrattuali, circostanza che pare l'unica in grado di giustificare il ricorso al rimedio risolutorio.

La persistente lacuna sul piano degli strumenti di *enforcement* relativi agli obblighi di riassorbimento invero si accompagna a qualche timida apertura sul piano della possibilità di inserire valutazioni sociali, anche in punto di stabilità occupazionale, nella predeterminazione dei criteri di assegnazione dei punteggi in sede di offerta. Sul punto tradizionalmente si registrano posizioni di segno contrario, riassunte nella Relazione alle Linee guida Anac n. 13, nella quale si affermava che «Attesa la difficoltà di definire criteri di valutazione del "progetto di assorbimento" che rispondano ai requisiti di cui all'articolo 95, co. 6, del codice dei contratti pubblici,

---

<sup>27</sup> CARUSO E., *I contratti pubblici tra obiettivi di sostenibilità e finalità concorrenziali*, cit., 298. Ma, *contra*, si vedano le già richiamate Linee guida Anac n. 13, in cui si afferma che «Viceversa, traendo spunto anche da quanto affermato in chiusura dalla Commissione speciale, in merito al fatto che le problematiche maggiori si pongono nei casi di accettazione formale della clausola sociale, che però porta al suo mancato rispetto in sede di esecuzione del contratto, il progetto viene considerato quale obbligo contrattuale il cui corretto adempimento deve essere valutato durante l'esecuzione del contratto, applicando nei casi di inadempimento i rimedi consentiti dal contratto e dalla legge».

ripresi dalle Linee guida n. 2 – Offerta economicamente più vantaggiosa – e il rischio che criteri di valutazione dell’offerta basati sul numero dei lavoratori che saranno riassorbiti in applicazione della clausola sociale possano essere di ostacolo a processi di efficientamento dell’operatore entrante, l’Autorità non ritiene opportuno inserire la valutazione del progetto dell’ambito dell’offerta economicamente più vantaggiosa».

Questa posizione di generalizzata chiusura non pare del tutto condivisibile. Non è in discussione il fatto che l’autonomia imprenditoriale non possa essere conculcata da previsioni premianti che di fatto neutralizzino le *chance* di utile partecipazione alla gara in funzione di elementi non direttamente attinenti alla qualità tecnica dell’offerta. Cionondimeno tali prospettive possono essere gestite facendo ricorso allo scrutinio di proporzionalità, che tradizionalmente trova il proprio ambito elettivo di applicazione proprio nel sindacato sul contenuto e sul “peso specifico” dei vari parametri in cui si articola il criterio di aggiudicazione dell’offerta economicamente più vantaggiosa.

La giurisprudenza recente, invero, mostra qualche apertura rispetto alla valorizzazione degli impegni di carattere sociale anche in sede di assegnazione dei punteggi. I giudici amministrativi<sup>28</sup> sembrano inclini a riconoscere che gli impegni sociali possano determinare l’assegnazione di punteggi premiali a condizione che sussista un apprezzabile legame di funzionalità tra il contenuto dell’impegno assunto e la qualità delle prestazioni oggetto della commessa.

Il caso più emblematico, in tal senso, è rappresentato dall’ipotesi in cui la conservazione delle risorse umane e del loro inquadramento, assicurata in sede di offerta, sia funzionale alla migliore esecuzione dell’appalto» in ragione del fatto che «l’Amministrazione (...) trovava utile non modificare la composizione delle squadre che avevano prestato la propria attività nel corso del precedente periodo di esecuzione».

---

<sup>28</sup> Tar Campania, sez. I, 20 settembre 2023, n. 5155 (ma, dello stesso avviso, già Cons. Stato, parere del 21 novembre 2018, n. 2703 sulla bozza di Linee guida Anac in tema di clausola sociale).

La prudenza di queste posizioni, incentrate sul test di “funzionalità”, nasce da un obiettivo concreto e condivisibile: quello di non affidare le commesse pubbliche in forza di valutazioni del tutto sganciate dalle caratteristiche oggettive dell’offerta e calibrate solo in funzione di considerazioni di carattere soggettivo (ossia riferite all’organizzazione aziendale dell’offerente).

Questo rischio, tuttavia, non deve essere contrastato attraverso una impostazione rigida e assolutizzante, che neghi il rilievo degli elementi soggettivi o che, come nel caso della giurisprudenza sopra richiamata, si cimenti in una poco stringente disamina sulla strumentalità tra elemento soggettivo ed elemento oggettivo.

Più persuasiva, sebbene ancora priva di riscontri nel panorama giurisprudenziale, risulta l’idea per cui il crescente rilievo degli interessi orizzontali comporti il superamento dell’alternativa netta, in sede di assegnazione dei punteggi alle offerte in gara, tra elementi di valutazione soggettivi ed elementi oggettivi. Tale alternativa, infatti, sottintende una primazia dei secondi sui primi, sulla scorta del convincimento, non più attuale, della tendenziale estraneità degli interessi orizzontali rispetto all’ambito degli interessi direttamente coinvolti nei processi decisionali che conducono alla selezione del contraente. Questo assunto, tuttavia, riflette un’impostazione assiologica non coerente con le scelte del diritto positivo, che annovera gli interessi orizzontali nell’arena degli interessi pubblici ad apprezzamento necessario.

## **6. Conclusioni**

La funzione strategica della contrattualistica pubblica viene unanimemente riconosciuta come punto di arrivo di un percorso evolutivo caratterizzato dal superamento dell’egemonia, culturale e valoriale, della concorrenza.

Questo approdo, tuttavia, è tutt’altro che assoluto o definitivo. Non solo perché non sono prevedibili i contenuti e, soprattutto, l’ispirazione delle iniziative di riforma che, con ogni probabilità, caratterizzeranno i prossimi decenni (nei quali, come noto, dovranno essere adottate nuove direttive europee in tema di *public*

*procurement*). Ma soprattutto perché gli obiettivi strategici che l'ordinamento ascrive alla contrattualistica pubblica tuttora scontano un grave deficit di effettività proprio a causa della persistente sottovalutazione della fase di esecuzione.

Questo dato, che nel presente contributo si è tentato di dimostrare con riferimento ai temi della sostenibilità sociale, testimonia come l'orientamento finalistico delle norme sulla contrattualistica pubblica non abbia subito il radicale riposizionamento che gli interpreti per lo più rappresentano.

Il cono d'ombra che tradizionalmente ha interessato la fase di esecuzione del contratto si è diradato solo in parte e con riferimento a quelle evenienze che, pur collocandosi nella fase post-stipula, rischiano di rappresentare una sorta di "smentita" degli esiti concorrenziali della gara.

In altre parole, la fase di esecuzione è stata considerata e "normata" nei limiti in cui ciò è risultato necessario per presidiare l'effettività delle regole pro-concorrenziali relative alla fase di affidamento della commessa.

Di contro, gli interessi orizzontali, presentati come principale elemento di discontinuità nel contesto valoriale in cui si colloca l'attività negoziale dei soggetti pubblici, sono rimasti confinati in un'area caratterizzata dall'assenza di strumenti di monitoraggio e "reazione" in grado di garantire agli interessi medesimi pari dignità rispetto agli interessi pubblici finora considerati come primari: quello contabilistico e quello pro-concorrenziale.

Le direttrici lungo cui, auspicabilmente, dovranno muovere i futuri interventi di riforma sembrano, dunque, quelle della concretizzazione e dell'inveramento della visione strategica della contrattualistica pubblica, superando, una volta per tutte, la stagione della "mitologia" e dei totem culturali.