

La clausola di condizionalità per favorire l'occupazione di giovani e donne nel nuovo Codice degli appalti pubblici*

The conditionality clause to favour the employment of young people and women in the new public procurement Code

Carmela Garofalo

Ricercatrice di Diritto del lavoro nell'Università degli Studi di Bari Aldo Moro

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La disciplina delle clausole sociali nel CCP: il nuovo campo di applicazione. – 3. Le clausole sociali di parità di genere e generazionali nel CCP. – 4. Le misure premiali collegate alla clausola di condizionalità. – 5. Qualche osservazione conclusiva.

Sinossi: Il saggio esamina le novità introdotte dal Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36) in tema di clausole sociali (art. 57), con particolare riferimento al dispositivo di condizionalità per favorire l'occupazione di giovani e di donne la cui applicazione, precedentemente prevista per le sole procedure finanziate dal PNRR o del PNC, è stata generalizzata e resa obbligatoria, quale requisito necessario dell'offerta, unitamente alle clausole di equo trattamento economico-normativo e di stabilità occupazionale. Il difetto di coordinamento dell'art. 57 con le altre disposizioni del nuovo Codice, nello specifico con quella relativa ai contratti riservati (art. 61), e la non perfetta aderenza con i principi della delega, hanno generato contrasti interpretativi con una tendenza a limitare il campo di applicazione della clausola di condizionalità, depotenziandone la funzione di finalizzazione sociale degli appalti pubblici.

* Il presente contributo è riconducibile alla attività svolta dall'Unità di ricerca locale dell'Università degli studi di Bari Aldo Moro (CUP H53D23010850001), nell'ambito del progetto PRIN PNRR 2022 "YES- Youth Employment Strategy" (Principal Investigator Prof.ssa Carmela Garofalo, Codice: P2022H89ZS), finanziato nell'ambito della Missione 4 "Istruzione e Ricerca" del PNRR (componente C2 – investimento 1.1, Fondo per il Programma Nazionale di Ricerca e Progetti di Rilevante Interesse Nazionale - PRIN), a valere sui fondi europei del programma NextGeneration EU.

Abstract: The paper examines the innovations introduced by the Public Procurement Code, (Legislative Decree no. 36 of 31 March 2023), in regulating the social clauses (art. 57), with particular reference to the conditionality device to favour the employment of young people and women. The application of this device previously envisaged only for procedures financed by the PNRR or the PNC, is now generalized and made compulsory as a necessary condition of the tender, together with the clauses on fair economic treatment and employment stability. The need to coordinate art. 57 with the other provisions of the new Code, and in particular with the one concerning reserved contracts (art. 61), and the imperfect respect of the principles of delegation have given rise to different interpretations. Most of these aim to limit the scope of the conditionality clause, thus weakening its function of social completion of public procurement.

Parole chiave: Appalti pubblici – Politiche sociali - Clausole sociali – Requisiti necessari dell’offerta – Pari opportunità di genere e generazionali – Clausola di condizionalità – Appalti riservati – Inclusione lavorativa giovani, donne, disabili e soggetti svantaggiati

Keywords: *Public procurement – Social policies – Social clauses – Necessary supply requirements – Equal gender and generational opportunities - Conditionality clause – Reserved contracts – Employment inclusion of young people, women, disabled people and disadvantaged people*

1. Premessa

La finalizzazione sociale degli appalti pubblici, dopo un lungo percorso di metabolizzazione nell’ordinamento multilivello¹, è entrata in una nuova fase a seguito dell’emanazione del Codice dei contratti pubblici adottato con il d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 (in avanti, anche solo CCP) in forza della delega al Governo conferita dall’art. 1, l. 21 giugno 2022, n. 78 e nel contesto delle misure attuative del PNRR.

Il nuovo Codice persegue, tra gli altri, l’obiettivo della semplificazione attraverso una sistemazione complessiva della materia, apprezzabile quantomeno per la maggiore intelligibilità del suo contenuto rispetto ai passati Codici [decreti legislativi 12 aprile 2006, n. 163 e 18 aprile 2016, n. 50]², ma soprattutto consacra un modello di *public procurement* socialmente orientato nel quale gli acquirenti pubblici «non sono soltanto interessati all’acquisto al prezzo più basso o al miglior rapporto qualità/prezzo ma anche a garantire che tramite gli appalti si conseguano vantaggi sociali e si evitino o si attenuino impatti sociali avversi durante l’esecuzione del contratto di appalto»³.

¹ Per un’ampia ricostruzione della disciplina eurounitaria in tema di appalti pubblici MELI, *Appalti e clausole sociali nel diritto europeo*, in D. GAROFALO (a cura di) *Appalti e lavoro. Disciplina pubblicistica*, vol. I, Giappichelli, 2017, 55 ss.

² SANTORO, “A cavallo” tra due codici: l’equo trattamento dei lavoratori nella nuova normativa sui contratti pubblici, in WP CSDL “Massimo D’Antona”.IT – 467/2023; BANDINI, *L’istituto delle clausole sociali nella visione del Codice dei contratti pubblici*, D.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36, in *Innovazione e Diritto*, 2023, 2, 1 ss.

³ In questo senso Comunicazione della Commissione «Acquisti sociali – una guida alla considerazione degli aspetti sociali negli appalti pubblici», 26 maggio 2021, (C 2021) 3573 final. In dottrina SCARPELLI, *La dimensione sociale nella regolazione degli appalti pubblici*, in M.T. CARINCI, CESTER, MATTAROLO, SCARPELLI (a cura di), *Tutela e sicurezza del lavoro negli appalti privati*

Nell'ultimo ventennio, infatti, parallelamente alla messa a punto di una dorsale sociale nel diritto eurounitario⁴, è emersa la consapevolezza di poter utilizzare gli appalti pubblici a sostegno di obiettivi sociali comuni, fra cui la promozione dell'inclusione sociale, attraverso l'innalzamento dei livelli occupazionali e la realizzazione di politiche sociali⁵.

Obiettivi dichiaratamente sanciti nella dir. 2014/24/UE del 26 febbraio 2014 che, nell'aggiornare la precedente disciplina del 2004, all'art. 18, par. 2, tra i «*principi per l'aggiudicazione*» degli appalti, ha riconosciuto agli Stati membri la facoltà di adottare «misure adeguate per garantire che gli operatori economici, nell'esecuzione di appalti pubblici, rispettino gli obblighi applicabili in materia di diritto del lavoro stabiliti dal diritto dell'Unione, dal diritto nazionale, dai contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali elencate nell'allegato X», e all'art. 70 ha concesso alle amministrazioni aggiudicatrici la facoltà di inserire nell'avviso di indizione o nei documenti di gara «*condizioni particolari (di esecuzione)*» di ordine sociale o relative all'occupazione, collegate all'oggetto dell'appalto⁶.

L'ampia libertà riconosciuta agli Stati membri dalla direttiva del 2014 ha favorito il diffondersi negli ordinamenti interni di clausole sociali assurte a *topos* del conflitto genetico tra la costituzione economica europea e i controlimiti dei sistemi di *welfare* degli Stati membri⁷, seguendo la parabola della dimensione sociale dell'UE la cui perdurante ambiguità ha

e pubblici. *Inquadramento giuridico ed effettività*, Utet, 2011, 307 ss.

⁴ CARUSO, *I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento costituzionale europeo*, in SCIARRA, CARUSO (a cura di), *Trattato di Diritto Privato dell'Unione europea. Il lavoro subordinato*, Giappichelli, 2009, 748 ss.; CARUSO, ALAIMO, *Dopo la politica i diritti: l'Europa "sociale" nel Trattato di Lisbona*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT n. 82/2010; CARABELLI, *Europa dei mercati e conflitto sociale*, Cacucci, 2009.

⁵ FORLIVESI, *Le clausole sociali negli appalti pubblici: il bilanciamento possibile tra tutela del lavoro e ragioni del mercato* in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 275/2015; LEONE, *Appalti pubblici e tutele sociali: la promozione dell'occupazione dei soggetti svantaggiati*, in D. GAROFALO (a cura di) *Appalti e lavoro. Disciplina pubblicistica*, vol. I, Giappichelli, 2017, 3 ss.

⁶ Tra le disposizioni maggiormente indicative si possono citare anche: a) il *considerandum* n. 37 secondo cui – in vista di un'adeguata integrazione dei requisiti in materia ambientale, sociale e di lavoro – è particolarmente importante che gli Stati membri e le amministrazioni aggiudicatrici adottino misure pertinenti per garantire pure il rispetto degli obblighi in materia sociale; tali misure possono trovare riscontro in clausole contrattuali (*considerandum* n. 39); b) i *consideranda* nn. 97-99 che forniscono indicazioni in merito agli aspetti sociali. Rispetto alla previgente direttiva, si registra una maggiore articolazione delle "considerazioni sociali" e, soprattutto, la novità della possibilità di introdurre tali profili, non soltanto nell'ambito delle condizioni di esecuzione, ma altresì tra i criteri di aggiudicazione (conformemente a quanto contemplato dal successivo art. 67, par. 2); l'art. 69, par. 3, secondo cui «L'amministrazione aggiudicatrice respinge l'offerta se ha accertato che l'offerta è anormalmente bassa in quanto non rispetta gli obblighi applicabili di cui all'articolo 18, paragrafo 2». In dottrina ALLAMPRESE, ORLANDINI, *Le norme di rilievo lavoristico nella nuova direttiva sugli appalti pubblici*, in RGL, 2014, I, 169 ss.; VARVA, *Concorrenza e promozione sociale. Le nuove prospettive alla luce della direttiva appalti 2014/24/UE*, in PERULLI (a cura di) *L'idea di diritto del lavoro*, oggi. In ricordo di Giorgio Ghezzi, Wolters Kluwer- Cedam, 2014, 188 ss.

⁷ *Amplius* COSTANTINI, *La finalizzazione sociale degli appalti pubblici. Le "clausole sociali" fra tutela del lavoro e tutela della concorrenza*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT n. 196/2014; Id., *Direttive sui contratti pubblici e Corte di giustizia: continuità e discontinuità in tema di clausole sociali*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT n. 309/2016; CAFFIO, *Le clausole sociali tra il bando di gara e la disciplina del contratto collettivo*, in D. GAROFALO (a cura di), *Appalti e lavoro. Disciplina pubblicistica*, vol. I, Giappichelli, 2017, 849 ss.; GIUBBONI, *Libertà economiche fondamentali, circolazione dei servizi e diritto del lavoro*, in MEZZANOTTE (a cura di) *Le libertà fondamentali dell'Unione Europea e il diritto privato*, Studies in Law & Social Sciences n. 2, Roma Tre-Press, 2016, 187; BANO, *Diritto del lavoro e libera prestazione di servizi nell'Unione europea*, Il Mulino, 2008, 199.

esaltato (ed esalta) la funzione nomofilattica della Corte di giustizia attraverso il paradigma della “proporzionalità”⁸.

Ancorché i timidi passi della normativa europea in materia di clausole sociali negli appalti pubblici risentano fortemente dei vincoli in materia di distacco transnazionale dettati dalla dir. 96/71/CE, come modificata dalla dir. 2018/957/UE, e più in generale dell'impronta neoliberista lasciata dalle pronunce della Corte di giustizia (a partire dal famoso “*Laval quartet*”⁹ e proseguita con le successive sentenze *Commissione c. Germania*¹⁰ e *Bundesdruckerei c. Stadt Dortmund*¹¹ sino alle recenti sentenze *Ungheria c. Parlamento europeo* e *Polonia c. Parlamento europeo*¹²) nell'ordinamento italiano, già il Codice del 2016 aveva mostrato di saper sfruttare tutte le opportunità concesse dal legislatore europeo di innestare negli appalti pubblici anche valutazioni di ordine sociale, attraverso l'introduzione di clausole sociali di prima generazione (di equo trattamento economico-normativo riconosciuto ai lavoratori impegnati nell'esecuzione dell'appalto) e di seconda generazione (di stabilità occupazionale), anche se va detto, con riferimento a queste ultime, che gli approdi più recenti della giurisprudenza amministrativa (recepiti anche dall'ANAC nella Linee guida n. 13 del 2019 sulle clausole sociali) ne hanno fortemente limitato la portata applicativa ritenendo che, in una prospettiva costituzionale di bilanciamento delle tutele sociali con la libertà economica (art. 41 Cost.) e con le prerogative di buon andamento dell'attività amministrativa (art. 97 Cost.), esse non possano essere intese nel senso di comportare un indiscriminato e generalizzato dovere di assorbimento del personale utilizzato dall'impresa uscente, dovendo tale obbligo essere armonizzato con il fabbisogno richiesto dall'esecuzione del nuovo contratto e con la pianificazione e l'organizzazione definita dal

⁸ Sul tema ORLANDINI, *Salari e contrattazione alla prova dei vincoli del mercato interno*, in *LD*, 2020, 2, 285 ss.; IZZI, *Lavoro negli appalti e dumping salariale*, Giappichelli, 2018; BORGOGELLI, *Modelli organizzativi e tutele dei lavoratori nei servizi di interesse pubblico. Relazione alle Giornate di Studio AIDLASS*, Cassino, 18-19 maggio 2017; PALLINI, *Diritto europeo e limiti di ammissibilità delle clausole sociali nella regolazione degli appalti di opere e servizi*, in *GDLRI*, 2016, 151, 537 ss.

⁹ Ci si riferisce alle celebri pronunce *Viking*, *Laval*, *Rüffert* e *Commissione c. Lussemburgo*, rispettivamente C. giust. 11 dicembre 2007, C-438/05 C. giust. 18 dicembre 2007, C-341/05; C. giust. 3 aprile 2008, C-346/06; C. giust. 3 aprile 2008, C-319/06. In dottrina BALLESTRERO, *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di Giustizia «bilancia» il diritto di sciopero*, in *LD*, 2008, 2, 371; CARABELLI, *Note critiche a margine delle sentenze della Corte di Giustizia nei casi Laval e Viking*, in *DLRI*, 2008, 117, 147-167; CARUSO, *I diritti sociali nello spazio sovranazionale e nazionale: indifferenza, conflitto o integrazione? (Prime riflessioni a ridosso dei casi Laval e Viking, Rassegna di diritto pubblico europeo)*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT* n. 61/2008; VENEZIANI, *La Corte di Giustizia ed il trauma del cavallo di Troia*, in *RGL*, 2008, 2, 295-311; FORLIVESI, *Le clausole sociali negli appalti pubblici: il bilanciamento possibile tra tutela del lavoro e ragioni del mercato*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT* n. 275/2015.

¹⁰ C. giust. 15 luglio 2010, C-271/08. Per un commento di tale sentenza cfr. DE SALVIA, *Il bilanciamento tra le libertà economiche e i diritti sociali operato dalla Corte di Giustizia è un contemperamento tra diritti equoordinati?*, cit.

¹¹ C. giust. 18 settembre 2014, C-549/13.

¹² C. giust. 8 dicembre 2020, C-620 e C. giust. 8 dicembre 2020, C-626. In dottrina BORELLI, ORLANDINI, *Appunti sulla nuova legislazione sociale europea. La direttiva sul distacco transnazionale e la direttiva sulla trasparenza*, in *Questione Giustizia*, 2019, 4, 54 ss.

nuovo assuntore al fine di realizzare economie di costi da valorizzare, in chiave competitiva, nella procedura di affidamento dell'appalto¹³.

Una rinnovata attenzione all'istituto della clausola sociale è stata, poi, recentemente posta nell'ambito delle misure previste dal PNRR per assicurare che l'intero meccanismo di *recovery*, tra le priorità trasversali, determini un impatto significativo e prevedibile sulla crescita dell'occupazione femminile e giovanile¹⁴. In tale contesto l'art. 47, comma 4, del d.l. 31 maggio 2021, n. 77, convertito, con modificazioni, nella l. 29 luglio 2021, n. 108, subordina la partecipazione a bandi di gara, avvisi e inviti nell'ambito delle procedure afferenti agli investimenti pubblici coperti dai finanziamenti del PNRR o del PNC, all'assunzione dell'obbligo da parte degli operatori economici di «assicurare, in caso di aggiudicazione del contratto, una quota pari almeno al 30 per cento, delle assunzioni necessarie per l'esecuzione del contratto o per la realizzazione di attività ad esso connesse o strumentali, sia all'occupazione giovanile sia all'occupazione femminile»¹⁵.

Il dispositivo di condizionalità è obbligatorio sia per l'accesso ai fondi in sede di presentazione dell'offerta, sia per l'esecuzione del progetto, mentre “ulteriori misure premiali” possono essere previste (facoltativamente) dalle stazioni appaltati per assegnare un punteggio aggiuntivo all'offerente o al candidato che abbiano adottato specifiche misure per promuovere le pari opportunità anche di genere o che superino la quota del 30% di occupazione aggiuntiva femminile o giovanile creata nell'esecuzione del contratto¹⁶.

La condizionalità si configura, perciò, come “azione positiva” ossia come dispositivo derogatorio rispetto alle dinamiche ordinarie del mercato del lavoro finalizzato a raggiungere obiettivi ritenuti di interesse generale (in questo caso l'aumento dei tassi di occupazione giovanile e femminile)¹⁷.

Sotto diverso profilo, tale tipologia di disposizioni contribuisce ad ampliare il novero delle clausole sociali che diventano vettori non solo di equità delle condizioni contrattuali e di stabilità occupazionale, ma anche di tutela delle pari opportunità di genere e generazionali nella consapevolezza che gli enti aggiudicatori dispongono (soprattutto grazie alle risorse del PNRR) di un potere d'acquisto incomparabile e, con esso, della reale capacità di orientare il mercato verso uno sviluppo sostenibile etico-sociale, ambientale ed economico.

¹³ In questo senso, *ex plurimis*, Cons. St., sez. V, 25 gennaio 2024, n. 807; Cons. St., sez. V, 11 ottobre 2021, n. 6784; Cons. St., sez. III, 23 aprile 2021, n. 297; Cons. St., sez. V, 2 novembre 2020, n. 6761, tutte in *Dejure*.

¹⁴ PANTANO, *Clausole sociali, concorrenza, investimento pubblico e tutela del lavoro: dal Codice dei contratti pubblici al PNRR*, in *Federalismi.it*, 5 ottobre 2022; CAPOTORTO, *Giustizia sociale e pari opportunità nei contratti pubblici per la ripresa post-pandemica*, in *Nuove Autonomie*, 2023, 3, 799 ss.

¹⁵ V. anche le «Linee guida per favorire la pari opportunità di genere e generazionale, nonché l'inclusione lavorativa delle persone con disabilità nei contratti pubblici finanziati con le risorse del PNRR e del PNC» contenute nel d.m. 7 dicembre 2021.

¹⁶ VOZA, *Eguaglianza e discriminazioni nel diritto del lavoro. Un profilo teorico*. Relazione al XXI Congresso nazionale AIDLASS – Messina, 23-25 maggio 2024, 60.

¹⁷ CARDINALI, *PNRR. La clausola di condizionalità all'occupazione di giovani e donne: azione positiva o azione mancata?* in *Inapp Working Paper* n. 92, Roma, Inapp.

Si tratta di un'opzione di politica del diritto¹⁸ a cui ha mostrato di aderire anche il legislatore del nuovo CCP che riscrive la disciplina delle clausole sociali, allargandone l'ambito di applicazione e strutturizzando la clausola di condizionalità già prevista per i soli contratti pubblici finanziati dal PNRR o PNC.

Si pone allora l'interrogativo, a cui intende fornire risposta la presente riflessione, se il nuovo dispositivo di condizionalità recepito nel CCP, avendo perso il suo carattere temporaneo ed emergenziale, possa configurarsi a tutti gli effetti come una *clausola sociale di terza generazione* con efficacia generalizzata oppure, stante il mancato coordinamento con le altre norme del Codice, ed in particolare con quelle che disciplinano gli appalti riservati, ne risulti depotenziata la portata.

2. La disciplina delle clausole sociali nel CCP: il nuovo campo di applicazione

Si è detto che, in continuità con la previgente disciplina, il (nuovo) CCP ha affidato la tutela delle esigenze sociali nel sistema delle gare pubbliche alla previsione, tra gli elementi di selezione e/o esclusione dei candidati o tra i criteri di valutazione delle offerte, di clausole sociali definite nell'allegato I.1, art. 2, lett. o), come «disposizioni che impongono ad un datore di lavoro il rispetto di determinati standard di protezione sociale e del lavoro come condizione per svolgere attività economiche in appalto o in concessione o per accedere a benefici di legge e agevolazioni finanziarie».

L'attuale disciplina delle clausole sociali, in attuazione del principio di delega enunciato nell'art. 1, lett. h), l. n. 78/2022, è contenuta nell'art. 57 che, «per gli affidamenti dei contratti di appalto di lavori e servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale e per i contratti di concessione» e «tenuto conto della tipologia di intervento, in particolare ove riguardi il settore dei beni culturali e del paesaggio, e nel rispetto dei principi dell'Unione europea», impone la previsione nella *lex specialis* di «specifiche clausole sociali con le quali sono richieste, come requisiti necessari dell'offerta, misure orientate tra l'altro a garantire le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate, la stabilità occupazionale del personale impiegato, nonché l'applicazione dei contratti collettivi nazionali e territoriali di settore...nonché a garantire le stesse tutele economiche e normative per i lavoratori in subappalto rispetto ai dipendenti dell'appaltatore e contro il lavoro irregolare».

Quanto al campo di applicazione della nuova disciplina, l'art. 57 rappresenta l'approdo di plurimi interventi normativi e giurisprudenziali/amministrativi formati nella vigenza

¹⁸ GHERA, *Le c.d. clausole sociali: evoluzione di un modello di politica legislativa*, in *DRI*, 2, 2001, 137.

dell'art. 50 del Codice del 2016, esplicitati prima nel parere del Consiglio di Stato n. 2703 del 21 novembre 2018 e poi nelle Linee guida dell'ANAC n. 13 del 13 dicembre 2019¹⁹.

Il previgente art. 50 veniva interpretato dalla giurisprudenza nel senso che l'obbligo di prevedere nella documentazione di gara specifiche clausole sociali investiva solo gli affidamenti di appalti e concessioni di lavoro e servizi *ad alta intensità di manodopera*, diversi da quelli di natura intellettuale²⁰; negli altri casi (con esclusione degli appalti di fornitura, degli appalti/concessioni in cui la prestazione lavorativa era scarsamente significativa o anche irrilevante e dei casi in cui era riscontrabile l'elemento dell'*intuitus personae*) rimaneva solo una facoltà per le stazioni appaltanti. Le clausole sociali potevano, poi, essere previste, a seguito della modifica dell'art. 36 del Codice del 2016²¹, anche negli affidamenti sotto soglia o nei settori speciali, in considerazione del richiamo operato dall'art. 114, comma 1, alla disciplina contenuta negli artt. da 1 a 58.

Nel nuovo Codice, invece, la previsione delle suddette clausole è obbligatoria e declinata quale requisito necessario dell'offerta per tutti i contratti di lavori e servizi, di importo superiore e inferiore alla soglia comunitaria, con esclusione solo dei servizi di natura intellettuale, *indipendentemente* dalla condizione di essere o meno ad alta intensità di manodopera, con un'evidente estensione del loro campo di applicazione.

Inoltre, nonostante si utilizzi la locuzione "tra l'altro" che potrebbe essere interpretata come possibilità per la stazione appaltante di scegliere solo alcune delle clausole sociali indicate nell'art. 57, l'ANAC ha chiarito che la norma, in conformità alla delega e ai progressi interventi legislativi in materia, prevede l'obbligo di inserire nei bandi di gara tutte le specifiche "clausole sociali" ivi menzionate. Ciò non esclude che la stazione appaltante, tenuto conto della tipologia dell'intervento, possa introdurre nella *lex specialis* ulteriori tipologie di clausole sociali di contenuto diverso da quelle tipizzate dall'art. 57, comma 1, ma pur sempre orientante all'inclusione sociale.

La natura cogente delle clausole sociali è confermata dalla previsione contenuta nell'art. 102 che impone alla stazione appaltante di richiedere all'operatore economico, al momento dell'offerta, una dichiarazione di impegno a garantire la loro applicazione in caso di aggiudicazione. Per non aggravare il procedimento di gara, al comma 2, si prevede che tale obbligo (sociale) possa essere assolto dall'operatore economico con l'indicazione nell'offerta delle modalità con cui intende adempiere agli impegni assunti, la cui attendibi-

¹⁹ In questi termini Relazione illustrativa del Consiglio di Stato del 7 dicembre 2022, 87-88.

²⁰ Per servizi di natura intellettuale, secondo le Linee guida dell'ANAC n. 13/2019, si intendono quelli che richiedono lo svolgimento di prestazioni professionali, svolte in via eminentemente personale, come ad esempio il brokeraggio assicurativo o la consulenza. Tale condizione si verifica nei casi in cui, anche eventualmente in parallelo all'effettuazione di attività materiali, il fornitore elabora soluzioni, proposte, pareri che richiedono una specifica e qualificata competenza professionale, prevalente nel contesto della prestazione erogata rispetto alle attività materiali e all'organizzazione di mezzi e risorse. Inoltre, il servizio non ha natura intellettuale per il solo fatto di essere prestato da personale oggetto all'obbligo di iscrizione in albi professionali.

²¹ Art. 8, comma 1, lett. 0a-bis) d.l. n. 76/2020 conv. in l. n. 120/2020.

lità è valutata dalla stazione appaltante con qualsiasi mezzo ritenuto adeguato. Di contro la mancata accettazione delle clausole sociali da parte dell'operatore economico costituisce manifestazione della volontà di proporre un'offerta condizionata, come tale inammissibile con conseguente esclusione dalla gara.

Sempre con riferimento al campo di applicazione dell'art. 57, una particolare attenzione viene rivolta agli interventi riguardanti il *settore dei beni culturali e del paesaggio* a cui il nuovo Codice riserva una specifica disciplina (artt. 132-134) in conformità alla legge delega n. 78/2022 che all'art. 1, comma 2, stabilisce, in svariati principi e criteri direttivi, la necessità di «tenere conto delle specificità dei contratti nei settori speciali e nel settore dei beni culturali».

Anche la disciplina della clausole sociali ha risentito della rilevanza assegnata dal nostro legislatore a tali settori prevedendo un particolare impegno affinché la gestione dei contratti pubblici in tale ambito avvenga secondo il paradigma della sostenibilità sociale, energetica ed ambientale.

Attraverso l'art. 57, perciò, si obbligano le pubbliche amministrazioni a rendere gli eventi o le manifestazioni culturali o la gestione del patrimonio paesaggistico inclusivi e sostenibili, andando a scegliere, tra le diverse alternative a disposizione per la realizzazione del progetto, quelle in grado di tutelare la stabilità occupazionale, il contrasto al lavoro irregolare, la parità di genere, le pari opportunità generazionali, l'inclusione lavorativa e poi, comunque, la sostenibilità energetica ed ambientale.

Una previsione che rischia di rimanere un'enunciazione di principio nella misura in cui il MIT con il parere n. 2083/2023 ha escluso l'applicazione delle clausole sociali negli affidamenti diretti (stante il riferimento testuale nell'art. 57 ai "bandi di gara" e agli "avvisi") che rappresentano la quota maggioritaria nel settore dei beni culturali, soprattutto dopo l'innalzamento dei relativi limiti a 150mila euro, con la conseguente contrazione delle garanzie di inclusione sociale e delle disposizioni volte a garantire le stesse tutele economiche e normative sia per i lavoratori in subappalto che per i dipendenti dell'appaltatore.

3. Le clausole sociali di parità di genere e generazionali nel CCP

Con il nuovo Codice le clausole sociali non si riferiscono unicamente alla garanzia del trattamento economico e della stabilità occupazionale, ma anche, in una visione più ampia, alle pari opportunità in una logica di non discriminazione, a tutela dell'accesso al lavoro di alcune categorie di lavoratori "svantaggiati".

L'art. 57 CCP obbliga, infatti, la stazione appaltante ad introdurre nella *lex specialis*, come requisito necessario dell'offerta, anche «misure orientate a garantire le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate», previsione già contenuta, come detto in premessa, nell'art. 47, comma 4, d.l. n.

77/2021, nell'ambito delle procedure afferenti agli investimenti pubblici coperti dai finanziamenti del PNRR o del PNC.

Tra le questioni emerse all'indomani dell'entrata in vigore nel nuovo CCP, v'è quella del controverso ambito applicativo di siffatte clausole, destinata a creare non poche incertezze nella redazione dei bandi di gara per l'aggiudicazione di lavori e servizi diversi da quelli intellettuali.

Il primo nodo da sciogliere riguarda il rispetto dei principi di delega contenuti nell'art. 1, comma 2, lett. h), l. n. 78/2022 laddove, mentre per le misure orientate a garantire le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate viene utilizzato, a differenza delle prime due clausole sociali, il verbo «*promuovere*», il legislatore delegato utilizza il verbo «*garantire*», ponendosi il dubbio se la clausola di “terza generazione” nell'impianto del nuovo Codice abbia solo una valenza promozionale oppure, alla pari delle altre, abbia assunto valore cogente, *id est* come «requisiti necessari dell'offerta».

Sempre rispetto alla legge delega, si registra un'ulteriore discrasia nel testo del nuovo Codice. All'art 1, comma 2, lett. h), l. n. 78/2022 la clausola di condizionalità viene declinata anche come requisito di “prezialità”, mentre nell'art. 57, comma 1, viene previsto che tali clausole siano inserite obbligatoriamente nella *lex specialis* solo come requisiti necessari dell'offerta e non, del pari, come criteri di premialità²².

La valenza premiale di siffatte clausole, invece, è contemplata nel successivo art. 61, comma 2, sui contratti riservati, che obbliga le stazioni appaltanti e gli enti concedenti a prevedere 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.

Attenendosi al dato letterale delle disposizioni esaminate, si potrebbe concludere che mentre l'art. 57, comma 1, ha introdotto una norma *ad hoc*, con efficacia generalizzata, che obbliga le stazioni appaltanti ad inserire nella *lex specialis* la clausola di condizionalità solo come requisito necessario dell'offerta, negli appalti riservati *ex art.* 61 v'è la possibilità che tale clausola venga introdotta anche, ed in via alternativa, come ulteriore requisito premiale.

È evidente, però, che tale lettura rischia di produrre effetti distorti nella misura in cui la disciplina generale (dell'art. 57) appare più stringente rispetto a quella speciale sugli appalti riservati (*ex art.* 61), oltre che porsi in netto contrasto con il principio di delega che,

²² Solo nell'art. 108, comma 7, CCP si prevede che: «Al fine di promuovere la parità di genere, le stazioni appaltanti prevedono nei bandi di gara, negli avvisi e negli inviti, il maggior punteggio da attribuire alle imprese per l'adozione di politiche tese al raggiungimento della parità di genere comprovata dal possesso della certificazione della parità di genere di cui all'articolo 46-bis del codice delle pari opportunità tra uomo e donna, di cui al decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198».

come detto, ha previsto una doppia efficacia delle clausole di condizionalità nell'ambito della gare pubbliche.

In conformità con la *voluntas* del legislatore delegante è preferibile ritenere, allora, che il punteggio assegnato nel disciplinare di gara alle clausole sociali per realizzare le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa di disabili o svantaggiati, attenga a due profili concorrenti e non alternativi tra loro: da un lato, le suddette clausole sociali sono inserite (obbligatoriamente) nel bando di gara o nell'avviso come requisiti necessari dell'offerta e, quindi, vengono valutate solo per la parte qualitativa dell'offerta sotto l'aspetto sociale; dall'altro lato possono essere inserite (anche) come requisiti premiali dell'offerta e, quindi, valutate al fine di assegnare un maggior punteggio all'operatore economico.

Il secondo nodo interpretativo riguarda, invece, il difetto di coordinamento tra l'art. 57 e l'art. 61, comma 2, che ripropone la clausola di condizionalità (anche, o solo, a fini di premialità) nel contesto degli appalti riservati agli operatori economici e alle cooperative sociali (e loro consorzi) il cui scopo principale sia l'integrazione sociale e professionale delle persone con disabilità o svantaggiate, con un espresso rinvio, in sede di prima applicazione, all'Allegato II.3 per la previsione di meccanismi e strumenti premiali ad essa collegati.

La questione attiene, in particolare, all'ambito oggettivo di applicazione dell'Allegato II.3 se limitato ai soli contratti riservati ovvero esteso, in forza dell'art. 57, a tutti i contratti pubblici.

Secondo la Relazione illustrativa del Consiglio di Stato, l'Allegato II.3 ha generalizzato, in attuazione di apposito criterio di delega, le disposizioni già contenute nell'art. 47 d.l. n. 77/2021 per gli interventi finanziati con le risorse del PNRR e del PNC, che vengono così stabilizzate ed estese a regime a tutti i contratti pubblici.

Una lettura che, sin da subito, non ha trovato pareri concordi soprattutto da parte dell'AN-CE e dell'ANAC che hanno evidenziato come un'applicazione generalizzata dell'allegato II.3 anche agli appalti di lavori diversi da quelli riservati, rischia di generare diverse criticità nella gestione delle procedure di gara.

L'ANAC, in particolare, nella consultazione avviata prima dell'approvazione del bando-tipo n. 1/2023, ha chiesto agli *stakeholders* di formulare «eventuali osservazioni circa la scelta di ritenere non vincolanti, per tutti gli appalti, le prescrizioni dell'allegato II.3 del Codice» partendo dal presupposto che esso è richiamato dall'art. 61, comma 4, solo per gli appalti riservati.

Questa posizione restrittiva è stata, poi, confermata nella versione definitiva del bando-tipo n.1/2023 in cui tutte le clausole previste dal predetto Allegato II.3 e dall'art. 47 d.l. n. 77/2021 sono state ricondotte alla disciplina dei soli contratti riservati e di quelli finanziati dal PNRR-PNC. La tesi dell'ANAC parte dal presupposto che l'ambito applicativo dell'Allegato II.3 (che, tra l'altro, contiene norme auto-delegificanti destinate a rivestire natura secondaria nel sistema delle fonti) non può essere esteso oltre a quello ricavabile dalla norma primaria che lo legittima, ovvero l'art. 61.

Sulla stessa linea di pensiero si è, poi, attestato il Ministero per la famiglia, la natalità e le pari opportunità che nelle “Linee guida” adottate il 20 giugno 2023, ha precisato che l'Allegato II.3 riguarda solo i bandi riservati *ex art.* 61.

A complicare il quadro ricostruttivo è giunta, da ultimo, la Risposta del Servizio Supporto Giuridico del MIMS²³ che si allinea alla tesi della Relazione illustrativa e «...atteso che il comma 2 dell'art. 61 è applicabile a tutte le tipologie di appalti e non sono a quelli riservati o finanziati con le risorse del PNRR e del PNC» estende le previsioni di cui all'Allegato II.3 a tutti i bandi di gara.

Alla luce di quanto appena delineato, la sovrapposizione di istituti e la sovrabbondanza di tutele potrebbe condurre, per un'eterogenesi dei fini, ad un effetto contrario rispetto a quello voluto dal legislatore delegato paventandosi una mancata o ridotta applicazione della clausola di condizionalità per le difficoltà operative a cui andrebbero incontro le stazioni appaltanti.

Occorre, infatti, rammentare la tendenziale vincolatività dei bandi-tipo ANAC già prevista dall'art. 71 d.lgs. n. 50/2016 e oggi confermata nell'art. 83, comma 3, del nuovo Codice, con la conseguenza che l'adesione alla tesi estensiva proposta nella Relazione illustrativa del Consiglio di Stato dovrebbe essere oggetto di adeguata motivazione da parte della stazione appaltante, qualora quest'ultima intendesse applicare la disciplina dell'Allegato II.3 agli appalti diversi da quelli riservati.

Le stazioni appaltanti saranno propense, perciò, a fare applicazione del bando-tipo, senza richiamare la disciplina dell'Allegato II.3, e quindi della clausola di condizionalità, se non nel caso di appalti riservati *ex art.* 61, con un depotenziamento della portata applicativa dell'art. 57.

Per tale motivo, l'ANAC ha pubblicato in data 27 luglio 2024²⁴ delle proposte emendative al CCP sottolineando la necessità di attribuire a ciascun obiettivo la corrispondente tutela, in un ambito oggettivo e soggettivo adeguato.

Con specifico riferimento alla clausola di condizionalità viene proposta la seguente (ri) formulazione dell'art. 57, comma 1: «Per gli affidamenti dei contratti di appalto di lavori e servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale e per i contratti di concessione le stazioni appaltanti e gli enti concedenti inseriscono nei bandi di gara, specifiche clausole sociali con le quali sono indicati, come requisiti necessari dell'offerta, criteri orientati tra l'altro a: garantire la stabilità occupazionale del personale impiegato; garantire l'applicazione dei contratti collettivi nazionali di settore secondo quanto indicato all'articolo 11; promuovere meccanismi e strumenti, anche di premialità, per realizzare le pari opportunità generazionali e di genere [...]».

²³ Risposta del Servizio Supporto Giuridico del MIMS al quesito cod. 2011 del 24/05/2023 «Applicabilità ai soli appalti riservati di cui all'art. 61 del D.Lgs. 36/2023 della disciplina prevista dall'All. II. 3».

²⁴ Il documento è stato modificato con nota di rettifica del 2 agosto 2024.

Secondo questo emendamento, più aderente alla legge delega, il CCP dovrà prevedere l'obbligo di inserire nei bandi di gara, alternativamente, requisiti di partecipazione o requisiti premiali (come indicati nell'Allegato II.3) finalizzati a realizzare la parità di genere e generazionale.

Sempre nell'emendamento viene, poi, eliminato dall'art. 57 il riferimento ai soggetti svantaggiati la cui tutela viene demandata esclusivamente all'art. 61 e, quindi, al Terzo settore (laboratori protetti). Parallelamente dall'art. 61 scompare il richiamo al meccanismo di condizionalità contenuto nell'attuale comma 2 e con esso il rinvio all'allegato II.3²⁵.

È indubbio che le proposte emendative dell'ANAC, seppur attestano un *revirement* dell'Autorità rispetto alle indicazioni fornite nel bando-tipo, in fase di prima applicazione, risolverebbero tutte le criticità sin qui evidenziate restituendo alla clausola di condizionalità, per come *ab origine* concepita dal legislatore delegante, valore cogente e di strumento promozionale per perseguire la finalizzazione sociale di *tutti* gli appalti pubblici e non solo di quelli *riservati* la cui disciplina ritorna ad essere destinata esclusivamente ai soggetti disabili o svantaggiati.

4. Le misure premiali collegate alla clausola di condizionalità

Passando ora alla disamina della disciplina di dettaglio della clausola di condizionalità, si è detto che essa è contenuta nell'Allegato II.3 del nuovo Codice e nelle Linee guida adottate il 20 giugno 2023, con cui sono stati definite le modalità e i criteri applicativi delle misure premiali e predisposti modelli di clausole da inserire nei bandi di gara differenziati per settore, tipologia e natura del contratto o del progetto.

Entrambe le fonti regolative rappresentano la fedele trascrizione rispettivamente dell'art. 47 d.l. n. 77/2021 e delle Linee guida del 7 dicembre 2021, potendosi riproporre anche per esse le stesse perplessità già evidenziate in vigenza della normativa sui contratti pubblici finanziati dal PNRR o dal PNC, con riguardo al regime delle deroghe alle quote di assunzione di giovani e donne che le stazioni appaltanti possono prevedere.

A tale riguardo, si possono distinguere adempimenti che devono essere assolti dagli operatori economici e altri, invece, che riguardano le stazioni appaltanti. Un altro criterio distintivo delle misure riguarda l'efficacia delle stesse che possono trovare immediata applicazione nelle procedure di gara oppure necessitano di essere recepite da parte delle stazioni appaltanti in specifiche previsioni nei bandi gara.

²⁵ Si propone, infine, di sdoppiare la lettera c) dell'art. 102 in due previsioni: da un lato garantire le pari opportunità generazionali in tutti i contratti, con le modalità di cui sopra [lett. c)]; dall'altro lato garantire l'inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate solo nei contratti riservati ex art. 61 [lett. d)].

Con riferimento al primo profilo, viene prescritto che gli operatori economici tenuti alla redazione del Rapporto sulla situazione del personale di cui all'art. 46 d.lgs. n. 198/2006 (quindi con oltre cinquanta dipendenti) devono produrre, a pena di esclusione dalla gara, al momento della presentazione della domanda di partecipazione o dell'offerta, copia dell'ultimo Rapporto redatto, con attestazione della sua conformità a quello trasmesso alle rappresentanze sindacali aziendali e alla consigliera o al consigliere regionale di parità ovvero, in caso di inosservanza dei termini previsti dal comma 1 del medesimo art. 46, con attestazione della sua contestuale trasmissione ai medesimi soggetti.

Gli operatori economici che, invece, occupano un numero pari o superiore a quindici dipendenti e non superiore a cinquanta, devono consegnare alla stazione appaltante, entro sei mesi dalla conclusione del contratto, una relazione di genere sulla situazione del personale maschile e femminile in ognuna delle professioni e in relazione allo stato di assunzioni, della formazione, della promozione professionale, dei livelli, dei passaggi di categoria o di qualifica, di altri fenomeni di mobilità, dell'intervento della CIG, dei licenziamenti, dei prepensionamenti e pensionamenti, della retribuzione effettivamente corrisposta. Anche in questo caso il rapporto sulla situazione del personale deve essere trasmesso alle rappresentanze sindacali aziendali e al consigliere o alla consigliera regionale di parità.

La violazione dell'obbligo di produzione della relazione di genere determina, inoltre, l'impossibilità di partecipare in forma singola ovvero in raggruppamento temporaneo, per un periodo di dodici mesi, ad ulteriori procedure di affidamento afferenti ai contratti riservati *ex art. 61 CCP*.

Agli stessi soggetti viene imposto, entro sei mesi dalla conclusione del contratto, di consegnare alla stazione appaltante, la certificazione di cui all'art. 17 l. 12 marzo n. 68²⁶ e una relazione relativa all'assolvimento degli obblighi di cui alla medesima legge e alle eventuali sanzioni o provvedimenti disposti a loro carico nel triennio precedente la data di scadenza della presentazione delle offerte.

La mancata produzione dei predetti documenti, costituendo obbligo da adempiersi al momento della stipula del contratto, a differenza di quanto accade in caso di omissione del Rapporto *ex art. 46* Codice della pari opportunità, non comporta l'esclusione dalla gara, ma solo l'applicazione delle penali, da commisurarsi in base alla gravità della violazione e proporzionali rispetto all'importo del contratto e alle prestazioni dello stesso.

I richiamati obblighi di consegna, essendo previsti direttamente dalla legge, si applicano anche in mancanza di espressa previsione nel bando di gara, pur se le Linee guida suggeriscono, per esigenze di certezza dei rapporti giuridici e di tutela dell'affidamento degli operatori economici, di indicarli ugualmente.

²⁶ L'art. 17, l. n. 68/1999 impone alle imprese che partecipano a bandi di appalti pubblici o intrattengano rapporti convenzionali o concessioni con pubbliche amministrazioni di presentare preventivamente alla controparte pubblica, a pena di esclusione dalla gara, la dichiarazione del proprio legale rappresentante che attesti di essere in regola con le norme che disciplinano il diritto al lavoro delle persone con disabilità.

Per quanto riguarda gli adempimenti posti a carico delle stazioni appaltanti si prevede che, nei bandi di gara, negli avvisi e negli inviti, vengano introdotte specifiche clausole dirette all'inserimento, come requisiti necessari e come ulteriori requisiti premiali dell'offerta, di criteri orientati a promuovere l'imprenditoria giovanile, l'inclusione lavorativa delle persone disabili, la parità di genere e l'assunzione di giovani, con età inferiore a trentasei anni, e di donne.

In particolare si specifica che costituiscono requisiti necessari dell'offerta l'aver assolto al momento della presentazione dell'offerta stessa agli obblighi *ex l. n. 68/1999* e l'assunzione da parte dell'operatore economico dell'obbligo di assicurare, in caso di aggiudicazione del contratto, una quota pari almeno al 30% delle assunzioni necessarie per l'esecuzione del contratto o per la realizzazione di attività ad esso connesse e/o strumentali²⁷, sia all'occupazione giovanile sia all'occupazione femminile²⁸.

I bandi di gara possono contenere ulteriori criteri premiali per l'assegnazione di un punteggio aggiuntivo all'offerente e al candidato²⁹.

Trattasi, perciò, di misure non direttamente applicabili in quanto richiedono specifiche declinazioni attuative nell'ambito dei bandi di gara che tengano conto delle caratteristiche del progetto e delle peculiarità dei vari settori del mercato, lasciando ampi spazi di discre-

²⁷ Le Linee guida del 20 giugno 2023 hanno chiarito che la percentuale del 30% si riferisce alle attività necessarie per l'esecuzione del contratto. Tale riferimento non implica di distinguere tra assunzioni necessarie e non necessarie, ma introduce una relazione o un nesso funzionale tra l'esecuzione del contratto e le assunzioni, nel senso che nel calcolo della quota corrispondente al numero delle assunzioni obbligatorie occorre fare riferimento a tutte le assunzioni funzionali a garantire l'esecuzione del contratto aggiudicato. Devono ritenersi escluse dal citato computo le assunzioni non funzionali a garantire l'esecuzione del contratto.

²⁸ Secondo le Linee guida del 20 giugno 2023 l'obiettivo relativo all'occupazione giovanile riguarda persone di età inferiore a trentasei anni e va considerato autonomo rispetto a quello dell'occupazione femminile, ossia la percentuale di incremento deve essere assicurata con riferimento a entrambe le tipologie. In ordine alla platea da considerare per il calcolo della percentuale si deve fare riferimento al numero complessivo di nuove assunzioni da impiegare lungo l'arco temporale di esecuzione del contratto; infine, le assunzioni da destinare a occupazione giovanile e femminile si identificano con il perfezionamento di contratti di lavoro disciplinati dal d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81 e dai contratti collettivi sottoscritti dalle organizzazioni comparativamente più rappresentative a livello nazionale.

²⁹ L'art. 1, comma 5, Allegato II.3 stabilisce che le stazioni appaltanti possono prevedere l'assegnazione di un punteggio aggiuntivo all'offerente o al candidato che: a) nei tre anni antecedenti la data di scadenza del termine di presentazione delle offerte, non risulti destinatario di accertamenti relativi ad atti o comportamenti discriminatori ai sensi dell'art. 44 del Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione (d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286), dell'art. 4 d.lgs. 9 luglio 2003, n. 215, dell'art. 4 d.lgs. 9 luglio 2003, n. 216, dell'art. 3 l. 1° marzo 2006, n. 67, degli artt. 35 e 55-*quinquies* del Codice delle pari opportunità tra uomo e donna (d.lgs. n. 198/2006) ovvero dell'art. 54 del Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità (d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151); b) utilizzi o si impegni a utilizzare specifici strumenti di conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro per i propri dipendenti, nonché modalità innovative di organizzazione del lavoro; c) si impegni ad assumere, oltre alla soglia minima percentuale prevista come requisito di partecipazione, persone disabili, giovani, con età inferiore a trentasei anni, e donne per l'esecuzione del contratto o per la realizzazione di attività a esso connesse o strumentali; d) abbia, nell'ultimo triennio, rispettato i principi della parità di genere e adottato specifiche misure per promuovere le pari opportunità generazionali e di genere, anche tenendo conto del rapporto tra uomini e donne nelle assunzioni, nei livelli retributivi e nel conferimento di incarichi apicali; e) abbia, nell'ultimo triennio, rispettato gli obblighi di cui alla l. n. 68/1999; f) abbia presentato o si impegni a presentare per ciascuno degli esercizi finanziari, ricompresi nella durata del contratto di appalto, una dichiarazione volontaria di carattere non finanziario ai sensi dell'art.7 d.lgs. 30 dicembre 2016, n. 254.

zionalità al *public procurement* nel perseguimento delle finalità connesse alla clausola di condizionalità.

La discrezionalità delle stazioni appaltanti è ancor più marcata nell'ambito della disciplina delle deroghe all'applicazione della clausola di condizionalità.

L'Allegato II.3 (art. 1, comma 7) prevede due tipologie di deroga: una totale che consiste nella possibilità per le stazioni appaltanti di escludere l'inserimento nella *lex specialis* di clausole necessarie e/o di premialità e dell'obbligo di riservare ai giovani e alle donne, in caso di aggiudicazione del contratto, una quota non inferiore al 30% delle assunzioni; la seconda deroga (parziale) consente alle stazioni appaltanti di stabilire per le predette assunzioni una quota inferiore al 30%.

In ogni caso, le deroghe non possono operare in modo incondizionato, in quanto la loro attivazione è subordinata all'esistenza di specifici presupposti che corrispondono, per entrambe le tipologie, ai casi in cui l'oggetto del contratto, la tipologia o la natura del progetto o altri elementi puntualmente indicati dalla stazione appaltante rendano l'inserimento delle clausole premiali e il predetto obbligo assunzionale impossibile o contrastante con gli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche.

Pur in presenza di questi presupposti, le stazioni appaltanti hanno, tuttavia, facoltà di applicare o non le deroghe, per le quali comunque devono fornire «adeguata e specifica motivazione prima o contestualmente all'avvio di procedura ad evidenza pubblica»³⁰.

Più nello specifico, le ragioni indicate nelle Linee guida del 2023 (in continuità con quelle del 2021) che consentono l'abbassamento della quota del 30% sono difformi per contenuto e portata tra giovani e donne. Per quanto attiene all'*occupazione giovanile*, la motivazione a sostegno della deroga può riguardare i casi in cui le specifiche esigenze correlate alle caratteristiche delle mansioni da svolgere per l'esecuzione del contratto o per la realizzazione di attività ad esso connesse o strumentali, richiedano, per oltre il 70% delle nuove assunzioni, *una pregressa esperienza o specializzazione tali da rendere la fascia anagrafica giovanile con esse incompatibile*. Mentre per la *quota di genere* nelle nuove assunzioni, nella motivazione la stazione appaltante può fare anche riferimento al *livello dei tassi di occupazione femminile*, per cui il raggiungimento della percentuale del 30% delle nuove assunzioni potrebbe incontrare difficoltà in particolari contesti di attività in ragione delle caratteristiche strutturali delle mansioni da svolgere o del contesto di applicazione dei contratti.

Definire come parametri di deroga le stesse criticità strutturali che i *target* coinvolti incontrano nel mercato del lavoro "vigente" (*skill gap* per i giovani e *sottorappresentazione*

³⁰ Le Linee guida del 2023 precisano che, in via generale e salve valutazioni più specifiche relative alle peculiarità delle diverse fattispecie, deve ritenersi difficilmente motivabile l'applicazione di deroghe negli appalti di servizi relativi a contratti ad alta intensità di manodopera (che presentino un costo della manodopera pari ad almeno il 50% dell'importo totale del contratto). Al contempo, in tutti i casi in cui nelle nuove assunzioni intervengono «clausole sociali» di riassorbimento occupazionale - come può accadere nel cambio di appalti di servizi - la deroga può trovare adeguata motivazione nell'obiettivo di garantire stabilità occupazionale agli addetti che escono da una precedente fornitura.

occupazionale per le donne) appare in contraddizione con la finalità di azione positiva della condizionalità, congeniata quale dispositivo derogatorio delle dinamiche ordinarie di reclutamento di giovani e donne. La genericità dei parametri di deroga, da un lato, lascia ampio margine di disapplicazione e, dall'altro, contrasta con la natura derogatoria della quota, che, in ipotesi di violazione dei suddetti principi generali, sembrerebbe addirittura poter esercitare una funzione contraria agli obiettivi per cui è sorta.

Nonostante tali antinomie fossero già emerse con riguardo alla clausola di condizionalità inserita nelle gare pubbliche finanziate dal PNRR o dal PNC³¹, il legislatore del CCP non ha modificato l'impianto regolatorio, integralmente riproposto nel nuovo Codice, con il risultato di rendere superabile il suo carattere di obbligatorietà e di limitare la sua portata applicativa. In questa direzione si colloca anche la proposta di modifica avanzata dall'ANAC di eliminare, come misura obbligatoria, la riserva di assunzione del 30% di giovani e donne (a suo dire non richiesta dalla legge delega, ma prevista, solo per le procedure pubbliche finanziate dal PNRR) e di prevedere, come possibile requisito di accesso, la sola presentazione del Rapporto sullo stato del personale maschile e femminile e, come possibile requisito premiale, la certificazione *ex art. 46-bis* d.lgs. n. 198/2006, lasciando alla stazione appaltante, poi, a seconda del settore di intervento, la scelta del meccanismo più idoneo per realizzare le pari opportunità generazionali e di genere.

5. Qualche osservazione conclusiva

Il legislatore del nuovo Codice, attraverso la riscrittura della disciplina delle clausole sociali, ha inteso perseguire l'obiettivo di politica sociale e di occupazione, propugnato già a livello europeo, rispetto al quale «gli Stati membri dispongono di un ampio margine di discrezionalità nella definizione delle misure» da adottare³².

L'inserimento obbligatorio nelle procedure di gara pubblica della clausola di condizionalità, declinata quale requisito necessario dell'offerta, rappresenta indubbiamente un'efficace leva per realizzare un'economia sociale poiché consente di creare nuove opportunità di accesso al lavoro per giovani e donne che, ordinariamente, il mercato non riesce a rendere equamente accessibili.

³¹ Nella Relazione annuale dell'ANAC sull'attività svolta nel 2023, presentata alla Camera dei deputati il 14 maggio 2024, emerge che dal 2022 al 2023 la percentuale degli affidamenti PNRR e correlati che prevedono quote del 30% per giovani e donne, è di fatto rimasta ferma (la percentuale era del 56,62% nel 2022, mentre è stata del 56,87% nel 2023). Nel 2023 per i contratti di importo maggiore o uguale a 40.000 €, il 20,04% degli affidamenti è avvenuto con deroga totale alla quota di assunzione giovani/donne (33,10% del 2022), il 22,04% con deroga parziale (9,69% nel 2022); per i contratti di importo maggiore o uguale a 150.000 € le percentuali sono del 17,43% (32,04% nel 2022) e del 23,41% (9,93% nel 2022); per i contratti di importo maggiore o uguale a 1.000.000 € le percentuali sono 16,06% (31,65% nel 2022) e 24,47% (9,93% nel 2022).

³² C. giust., 6 ottobre 2021, causa C-598/19, *Conacee*.

In questo contesto, l'azione positiva, complice la cogenza dell'adempimento, può esercitare due importanti funzioni: *in primis*, indurre un'accelerazione del cambiamento della cultura organizzativa degli operatori economici privati che contrattano con la pubblica amministrazione, intrisa di stereotipi di genere e generazionali soprattutto nella fase di reclutamento del personale (soprattutto femminile); in secondo luogo, in quanto elemento di rottura di uno schema che produce disuguaglianze di opportunità di lavoro, di agire come fattore di redistribuzione di *chance* di accesso in un'ottica di equità di genere e generazionale e di giustizia sociale³³.

Se, quindi, le clausole sociali sono «disposizioni che impongono ad un datore di lavoro il rispetto di determinati standard di protezione sociale e del lavoro come condizione per svolgere attività economiche in appalto o in concessione o per accedere a benefici di legge e agevolazioni finanziarie», la clausola di condizionalità non può che essere ricondotta a tale categoria, rappresentandone un'evoluzione in grado di produrre impatti significativi nel processo di finalizzazione sociale del sistema di *public procurement* (di qui la denominazione di clausola di terza generazione).

Il potenziale strategico di tale clausola, tuttavia, è stato mortificato dalla declinazione applicativa datane dalla prassi amministrativa che ne ha limitato fortemente la portata, sancendo la sua inefficacia come dispositivo derogatorio delle dinamiche ordinarie del mercato del lavoro.

Un'interpretazione restrittiva che non trova conferma, come è stato analizzato nel presente contributo, né nel dato letterale dell'art. 57 né negli obiettivi enunciati dal legislatore delegante quali formanti genetici di tale normativa, con il risultato di aver privato la clausola di terza generazione del carattere di obbligatorietà generalizzata e di averla ridotta ad una "buona prassi" in contesti particolarmente sensibili o riservati.

Complice la scarsa chiarezza del dettato normativo, è prevalso un approccio burocratico dettato dal timore degli operatori economici di far fronte ad oneri burocratici eccessivi in un clima di sostanziale diffidenza e avversione al meccanismo della condizionalità e delle quote obbligatorie di assunzione (si pensi agli obblighi assunzionali *ex l. n. 68/1999*), già mostrata in vigenza dell'omologa previsione per i contratti pubblici finanziati dal PNRR o dal PNC e riproposta anche nell'ambito del nuovo quadro regolatorio.

Sul piano della razionalità complessiva del sistema è auspicabile, perciò, un intervento correttivo del legislatore finalizzato ad armonizzare le varie disposizioni del CCP in cui è contenuta la clausola di condizionalità, senza snaturare la sua natura di azione positiva e soprattutto la sua natura cogente, nell'idea che la contrattualistica pubblica può rappresentare un modello (virtuoso) di bilanciamento tra le logiche competitive ed efficientistiche e le esigenze di tutela dei diritti sociali.

³³ In questi termini CAPOTORTO, *op. cit.*; NUSSBAUM, *Giustizia sociale e dignità umana. Da individui a persone*, Bologna, 2019, 110.