

Ilario Alvino**Il livello dei trattamenti negli appalti privati
alla luce del nuovo art. 29, co. 1 bis, d.lgs. n. 276/2003***

Sommario: **1.** Libertà d'impresa e scelte organizzative. **2.** La concorrenza sul costo del lavoro. **3.** L'appalto come fuga dai vincoli normativi del contratto collettivo di categoria. **4.** Prolifera-zione dei contratti collettivi e concorrenza tra le imprese nel settore degli appalti privati. **5.** L'art. 29, co. 1 bis, d.lgs. n. 276/2003. **6.** La compatibilità con la Costituzione della fissazione di un trattamento economico minimo. **7.** La compatibilità con la Costituzione della fissazione di un trattamento normativo minimo. **8.** I problemi applicativi posti dalla nuova disposizione in materia di appalti privati. **9.** I criteri di individuazione del contratto collettivo leader. **10.** I criteri per l'individuazione del contratto collettivo equivalente. **11.** L'impatto sulla responsabilità solidale del committente e la potenziale forza espansiva oltre i limiti dell'appalto.

1. Libertà d'impresa e scelte organizzative

Secondo una tradizionale prospettiva di lettura dei fenomeni di orga-nizzazione dell'attività imprenditoriale, la nascita dell'impresa e la scelta di cosa realizzare direttamente o acquisire sul mercato dipende da una valuta-zione dei costi di transazione¹.

Sicché la decisione se svolgere autonomamente l'attività produttiva volta alla realizzazione di un bene o di un servizio o, al contrario, se acquisire il prodotto già finito sul mercato dipende dalla opportunità di annullare i costi

* Il saggio è stato sviluppato nell'ambito del progetto di ricerca PRIN 2022 - *NetWork - Business networks and employment support* (Coordinatore nazionale: prof. Ilario Alvino – Sapienza Università di Roma. Coordinatore dell'unità dell'Università di Bergamo: prof. Lucio Imberti).

¹ Per una considerazione di questa prospettiva dal punto di vista del diritto del lavoro v.: ICHINO, *Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa*, in *DLRI*, 1999, p. 203; LO FARO, *Processi di out-sourcing e rapporti di lavoro*, Giuffrè, 2003; CORAZZA, "Contractual integration" e rapporti di lavoro, Cedam, 2004.

collegati alla necessità di instaurare una trattativa con il fornitore, rispetto a quella di acquisire e dirigere direttamente i fattori della produzione necessari alla realizzazione del risultato finale. Detto altrimenti, l'impresa costituisce una risposta all'esigenza di efficienza ed economicità dell'attività imprenditoriale, utile ad evitare di dover ogni volta contrattare con gli appaltatori le condizioni della fornitura.

L'affidamento all'esterno di fasi del processo produttivo costituisce, allora, un dato fisiologico dell'organizzazione imprenditoriale che dipende da una comparazione tra i vantaggi che sono collegati all'alternativa tra realizzare direttamente l'attività e acquistarne il risultato finale da imprese terze.

Questo primo aspetto può essere considerato come pacificamente acquisito al dibattito. Ciò anche in considerazione del fatto che l'esternalizzazione come mezzo per l'efficientamento del processo produttivo, anche attraverso la riduzione dei costi, costituisce una scelta pienamente legittima, che trova il suo fondamento nella protezione che la Costituzione assicura alla libertà d'impresa. Ed invero, la libertà di iniziativa economica tutelata dall'art. 41 Cost. ha, tra i suoi contenuti principali, quella di organizzare i fattori della produzione e lo stesso processo produttivo nel modo che l'imprenditore stesso ritenga migliore². Sicché non può essere sindacata nel merito la scelta di affidare determinate fasi all'esterno³.

Nel quadro sin qui sommariamente richiamato, rientrano due profili che meritano particolare attenzione nell'economia della riflessione che si intende sviluppare nelle pagine che seguono.

2. *La concorrenza sul costo del lavoro*

Il primo profilo è dato dalla circostanza per cui il ricorso all'appalto costituisce, in molti casi, una scelta praticata dalle imprese con la finalità di ri-

² La libertà di iniziativa economica privata protetta dalla Costituzione, per dirla con le parole di GALGANO, è "libertà dei privati di disporre delle risorse, materiali e umane", ma anche "libertà dei privati di organizzare l'attività produttiva e, quindi, libertà dei privati di decidere che cosa produrre, come produrre, dove produrre" [GALGANO, *Art. 41 Cost.*, in BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Zanichelli, 1982, t. II, p. 4]. Sulla libertà d'impresa come "autonomia di scelta dei mezzi per il raggiungimento di un fine predeterminato, qual è quello del successo in un certo mercato" v. LIBERTINI, *Sulla nozione di libertà economica*, in *CI*, 2019, p. 1255.

³ Cfr., sul punto, la motivazione di Cass. 7 dicembre 2016 n. 25201.

durere il costo che altrimenti le stesse dovrebbero sostenere per realizzare direttamente l'opera o il servizio.

Decisione, quella del ricorso all'appalto, che non è, ovviamente, necessariamente influenzata dalla sola valutazione dei costi, potendo dipendere dall'opportunità di concentrare l'attività solo su quello che è considerato il *core business* dell'impresa, così da investire nella costruzione della sola organizzazione ad essa funzionale.

Non v'è dubbio, però, che la dinamica del prezzo costituisca il *driver* principale nell'orientare le decisioni delle imprese nella ricerca del fornitore a cui affidarsi.

Sicché, è di intuitiva evidenza che, soprattutto per l'acquisizione di opere o servizi a scarso valore aggiunto, la scelta sarà quella di orientarsi sull'operatore in grado di offrire il risultato al prezzo più basso.

È altrettanto intuitivo che una componente fondamentale del prezzo è rappresentata dal costo del lavoro, la cui incidenza è tanto più rilevante quanto più il servizio abbia caratteristiche tali da dover essere realizzato attraverso l'impiego di un complesso organizzato di lavoratori (cd. appalti *labour intensive*). Ne consegue che nella concorrenza tra le imprese nel mercato degli appalti risulterà in molti casi vincente l'operatore in grado di contenerlo maggiormente.

Tale corollario trova, da lungo tempo, un sostanziale riconoscimento normativo nel settore degli appalti pubblici. Se, infatti, il d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 pone una serie di limiti alla riduzione del costo del lavoro, lo stesso sostanzialmente riconosce che la competizione può legittimamente svolgersi proprio sul contenimento di quest'ultimo⁴.

La possibilità del ricorso all'appalto in funzione della riduzione dei costi che il committente dovrebbe altrimenti sostenere per realizzare direttamente l'opera o il servizio è da considerarsi pacifica anche nel settore degli appalti privati, a maggior ragione da quando è stata espunta dall'ordinamento l'unica

⁴ È quanto si desume dagli artt. 108 e 110, d.lgs. n. 36/2023, i quali rispettivamente stabiliscono il principio generale dell'offerta economicamente più vantaggiosa (art. 108), ammettendo che l'offerta possa essere anche molto bassa, con il limite dell'anormalità, che in sé non è vietata ma deve essere motivata (art. 110). Motivazione che, per quanto qui interessa, può giustificarsi sul contenimento del costo del lavoro, purché siano salvaguardati i "trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge" e i "costi di sicurezza di cui alla normativa vigente" (art. 110, co. 4).

disposizione che sanciva la regola della parità di trattamento tra dipendenti dell'appaltante e dipendenti dell'appaltatore⁵.

3. *L'appalto come fuga dai vincoli normativi del contratto collettivo di categoria*

Il secondo profilo che merita di essere considerato è rappresentato dal fatto che la concorrenza tra le imprese concentrata sul contenimento del costo del lavoro non necessariamente costituisce un dato negativo, laddove tale contenimento si realizzi attraverso l'impiego di strutture e processi produttivi più efficienti. In questo caso, l'offerta più bassa che l'operatore è in grado di formulare non necessariamente comporta una riduzione delle retribuzioni dei singoli dipendenti impiegati rispetto, ad esempio, a quella erogata dal precedente appaltatore o a quella riconosciuta dal committente ai propri dipendenti. Ciò poiché il risparmio è realizzato a livello di organizzazione, attraverso la costruzione di una struttura più snella.

Molto diverso è il discorso nel caso in cui, o per le caratteristiche del servizio oggetto dell'appalto o per una scarsa propensione all'innovazione degli operatori, il modello organizzativo sia unico o comunque sia utilizzato da tutti gli imprenditori del settore.

In questa ipotesi, che rappresenta quella indubbiamente più ricorrente nel settore degli appalti *labour intensive*, si intuisce facilmente come la struttura della retribuzione definita dal contratto collettivo giochi il ruolo di fattore decisivo nella determinazione del prezzo offerto dall'appaltatore.

Il punto è che, però, in molti casi, l'esternalizzazione nasce dall'idea del committente di non riuscire a gestire in maniera efficiente il personale per i vincoli che a questi derivano dal contratto collettivo di categoria applicato ai propri dipendenti⁶.

A partire da questa diversa prospettiva, l'esternalizzazione non trova il suo impulso in una semplice esigenza di contenimento dei costi per accrescere la propria capacità di competere sul mercato, quanto piuttosto dall'obiettivo di sottrarsi ai vincoli che il contratto collettivo pone nella gestione dei rapporti di lavoro, riversandoli sull'appaltatore.

⁵ Il riferimento è all'art. 3, l. 23 ottobre 1960 n. 1369, sulla cui *ratio* e sui cui limiti v. Izzi, *Lavoro negli appalti e dumping salariale*, Giappichelli, 2018, p. 31 ss.

⁶ Su tale profilo, v. le riflessioni di MARESCA, *Il lavoro negli appalti, quali tutele?*, in PROIA (a cura di), *Appalti e lavoro: problemi attuali*, Giappichelli, 2022, p. 11.

Il livello delle retribuzioni definito dal contratto collettivo costituisce, da questo punto di vista, una variabile importante, ma non determinante. Poiché ciò che rileva è il complessivo trattamento normativo previsto dal contratto collettivo che incide e condiziona la gestione dei rapporti di lavoro.

Considerando il fenomeno da questa prospettiva, meriterebbe di essere approfondito quanto la diffusione del ricorso all'appalto all'interno del settore produttivo – favorito dalla flessibilità di gestione dell'attività e dal risparmio dei costi che questo consente – incida sulla trattativa avente ad oggetto la parte retributiva del contratto di categoria, rendendo possibile la fissazione dei trattamenti ad un livello più alto rispetto a quello che altrimenti sarebbe stato possibile.

4. *Proliferazione dei contratti collettivi e concorrenza tra le imprese nel settore degli appalti privati*

Nel settore degli appalti privati, il principale meccanismo al quale il nostro ordinamento ha tradizionalmente affidato il bilanciamento delle dinamiche di mercato, contenendo la competizione basata sulla riduzione del costo del lavoro, è costituito dal principio che impone l'erogazione ai lavoratori subordinati di una retribuzione proporzionata e sufficiente (art. 36 Cost.).

Principio che, sulla base di una consolidata elaborazione giurisprudenziale, è stato applicato assicurando ai lavoratori la percezione di una retribuzione conforme ai minimi previsti dal contratto collettivo di categoria, sì da rendere quest'ultimo il limite invalicabile della competizione tra le imprese⁷. In questo modo, l'ordinamento ha investito le parti sociali del compito di

⁷ Sul tema v., per tutti: PASCUCCI, *Giusta retribuzione e contratti di lavoro. Verso un salario minimo legale?*, FrancoAngeli, 2018 e CAIROLI, *La proporzionalità della retribuzione. Legge, contratto collettivo, ruolo del giudice*, Giappichelli, 2024. Principio di recente entrato in crisi, avendo la Cassazione riscontrato come la contrattazione collettiva, anche sottoscritta dalle organizzazioni più rappresentative, non sempre sia in grado di definire livelli retributivi conformi ai parametri dettati dall'art. 36 Cost. La giurisprudenza di legittimità ha così aperto la strada a valutazioni che tengano conto di parametri economici ai fini della definizione in concreto del valore monetario della retribuzione sufficiente. V. la prima sentenza sul tema: Cass. 2 ottobre 2023 n. 27711. Per i richiami alle altre sentenze e al dibattito dottrinale v. di recente: ROMEO, *I nodi irrisolti dell'art. 36 della Costituzione*, in *DLRI*, 2024, p. 151; PALLINI, *Alla ricerca dell'autorità salariale nell'ordinamento italiano*, in *DLRI*, 2024, p. 165.

individuare quel valore della retribuzione che sia al contempo giusto (innanzitutto per i lavoratori) e sostenibile (innanzitutto, ma non solo, per la singola impresa del settore).

L'equilibrio appena ricordato è stato fortemente messo in crisi dal fenomeno della proliferazione dei contratti collettivi di categoria, che da qualche anno assilla il nostro sistema sindacale.

Dall'ultima rilevazione pubblicata dal CNEL attraverso il suo rapporto XXV Rapporto Mercato del lavoro e contrattazione collettiva (approvato il 18 aprile 2024), emerge che i contratti collettivi nazionali di lavoro stipulati e vigenti, alla data del 31 dicembre 2023, sarebbero 1033 (di cui 971 relativi al settore privato, 18 al settore pubblico e 44 accordi economici collettivi che riguardano alcune categorie di autonomi e parasubordinati). Sicché nei diversi settori, non è possibile annoverare un unico CCNL, quanto piuttosto una pluralità⁸.

Per quanto interessa ai fini delle riflessioni sviluppate in queste pagine, questa circostanza fa sì che la scelta del contratto collettivo di categoria divenga uno dei fattori dai quali dipende l'aggiudicazione dell'appalto. Sicché le imprese possono essere indotte a scegliere il contratto collettivo che prevede i trattamenti economici e normativi più bassi⁹. Un fenomeno, questo, ulteriormente amplificato da uno dei contenuti impliciti della libertà sindacale consacrata dall'art. 39 Cost.: ossia la libertà di sottoporre il rapporto di lavoro alla regolazione di un qualunque contratto collettivo¹⁰.

⁸ Per un inquadramento di carattere generale delle ragioni e delle conseguenze di questo fenomeno v.: CIUCCIOVINO, *Salario minimo, salario dignitoso, salario giusto: temi per un dibattito sul futuro della contrattazione collettiva*, in *Federalismi.it*, 2023, n. 26; ALVINO, MARESCA, *Una riflessione sull'effettività delle tutele giuslavoristiche nella ricorrenza della Festa del 1° maggio*, in *Federalismi.it*, 2024, n. 10; CORAZZA, *Crisi della contrattazione e retribuzione sufficiente*, in *DRI*, 2021, p. 1087.

⁹ Sul fenomeno del dumping contrattuale indotto dalla proliferazione dei contratti collettivi e sui limiti manifestati dalla tradizionale tecnica di determinazione del salario minimo previsto dall'art. 36 Cost., v. IMBERTI, *Grande è la confusione sul salario minimo. La situazione è eccellente? (nota a TAR Lombardia 4 settembre 2023, n. 2046, e TAR Lombardia 28 novembre 2023, n. 2830)*, in *DRI*, 2024, p. 209.

¹⁰ Si tratta di un principio che deve ritenersi pacifico tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, quello per cui l'ordinamento consente al datore di lavoro di autodeterminare la categoria di appartenenza ovvero di poter applicare un contratto collettivo anche se stipulato da organizzazioni operanti in un settore produttivo diverso rispetto a quello nel quale si trovi concretamente ad operare, fatta salva la possibilità di far riferimento, in sede giudiziale, ad un diverso contratto collettivo per la determinazione della retribuzione giusta ex art. 36 Cost.V., sul punto, la fondamentale Cass. S.U. 20 marzo 1997 n. 2665, in *GC*, 1997, I, p. 1199, con nota di PERA.

L'oggetto dell'attività svolta dall'imprenditore non obbliga infatti le parti del rapporto di lavoro ad applicare il contratto collettivo pensato dalle parti sociali per quella determinata categoria.

Ne deriva che le imprese possono applicare ai rapporti di lavoro il contratto collettivo che preferiscono, sicché la competizione tra le stesse non è limitata alla scelta del contratto collettivo più conveniente tra quelli pensati dalle parti sociali per il medesimo settore, ma si estende a qualunque contratto collettivo¹¹.

Scelta non necessariamente governata dalla sola ricerca del contratto collettivo che preveda i trattamenti retributivi più bassi, ma, per le ragioni più sopra richiamate, estesa alla valutazione di tutte quelle regole della parte normativa che sono suscettibili di consentire una gestione più flessibile dei rapporti di lavoro, attesa la funzione organizzativa che il contratto collettivo è naturalmente chiamato a svolgere¹².

Da questo punto di vista va anzi ricordato quanto affermato dalla giurisprudenza amministrativa, nella materia degli appalti pubblici, con riferi-

Nella giurisprudenza di legittimità successiva, v., tra le altre: Cass. 18 marzo 2024 n. 7203; Cass. 16 gennaio 2020 n. 810, in *Labor*, 2020, p. 341, con nota di MATTEONI; Cass. 26 novembre 2015 n. 24160. Nella giurisprudenza di merito, il principio è riportato con particolare chiarezza di recente in Trib. Parma, 8 gennaio 2022 n. 110, in *FI Plus*. In dottrina v., di recente, PROIA, *Il contratto collettivo tra libertà di scelta e standard minimi di trattamento*, in *MGL*, 2020, p. 945.

¹¹ È noto come nell'ampissimo novero dei contratti collettivi depositati nell'archivio CNEL, una parte di essi è spesso etichettata con l'aggettivo "pirata", che non è termine tecnico giuridico, ma vocabolo utilizzato nel gergo delle relazioni sindacali per identificare i contratti collettivi "stipulati da soggetti senza nessuna rappresentanza certificata, finalizzati esclusivamente a dare copertura formale a situazioni di vero e proprio dumping contrattuale che alterano la concorrenza fra imprese e danneggiano lavoratrici e lavoratori" (così recita l'Accordo interconfederale 28 febbraio 2018, siglato da Confindustria – CGIL, CISL e UIL). Sulle difficoltà di distinguere i "veri" contratti pirata da quelli che devono comunque considerarsi espressione del principio di libertà sindacale e sull'inquinamento che ne deriva circa l'individuazione delle organizzazioni effettivamente rappresentative v. CIUCCIOVINO, *Fisiologia e patologia del pluralismo contrattuale tra categoria sindacale e perimetri settoriali*, in *LD*, 2020, p. 185.

¹² Cfr. sul punto la ricostruzione di ROMEI, *L'autonomia collettiva nella dottrina giuslavoristica: rileggendo Gaetano Vardaro*, in *DLRI*, 2011, qui p. 181, qui p. 209 s., il quale osserva che il contratto collettivo "coopera a modellare un'organizzazione di lavoro, condizionando il potere altrimenti libero del datore di lavoro. Ed anzi ha esattamente questa funzione [...] creare un'organizzazione di lavoro che sia la migliore possibile avuto riguardo alle esigenze del mercato ed alla complessa gamma di interessi dei prestatori di lavoro subordinato che in essa sono destinati a svolgere la loro attività di lavoro. Attraverso il contratto collettivo, dunque, le parti predeterminano le condizioni alla cui stregua viene organizzato uno dei fattori produttivi e cioè la forza lavoro, e quindi, in definitiva l'impresa".

mento alla regola che sancisce l'obbligo dell'aggiudicatario di applicare ai propri dipendenti il contratto collettivo *leader* del settore o uno ad esso equivalente. Con riferimento a tale regola, il Consiglio di Stato afferma da tempo con orientamento consolidato che deve essere salvaguardata la facoltà dell'operatore economico di applicare un contratto collettivo diverso da quello eventualmente indicato nel bando di gara o comunque dal contratto *leader*, in quanto espressione della libertà di impresa¹³.

Sicché, si può affermare come principio generale – da ritenersi valido anche al di fuori del settore degli appalti pubblici – che libertà di impresa e libertà sindacale convergono nella libertà di scelta del contratto collettivo, la quale costituisce uno dei fattori sulla base dei quali si può giocare legittimamente la concorrenza tra le imprese.

5. *L'art. 29, co. 1 bis, d.lgs. n. 276/2003*

Tenendo conto del quadro sin qui sommariamente tratteggiato dovrebbe essere più facile cogliere la *ratio* che ha animato il recente intervento legislativo in materia di appalti privati¹⁴.

Con il d.l. 2 marzo 2024 n. 19, convertito dalla l. 29 aprile 2024 n. 56, il legislatore ha imposto agli appaltatori (e agli eventuali subappaltatori) l'ero-

¹³ Il Consiglio di Stato ha infatti a più riprese affermato che “è precluso alla stazione appaltante di imporre agli operatori economici l'applicazione di un determinato CCNL per la partecipazione alla gara (Cons. St., 3 novembre 2020, n. 6786), il che implica anche la libertà dell'imprenditore di operare gli inquadramenti professionali secondo la regolamentazione dettata dal CCNL applicato” (Cons. St. 11 ottobre 2021 n. 6784). Nell'ambito degli appalti pubblici, tale libertà è però stata limitata, da tempo risalente, con la regola della necessaria corrispondenza tra l'attività oggetto dell'appalto e l'ambito di applicazione del contratto collettivo, così come definito dalle parti sociali. Cfr., per tutte: Cons. St., 28 febbraio 2019 n. 1409; Cons. St., 1° marzo 2017 n. 932; Cons. St., 12 maggio 2016 n. 1901; Cons. St., 10 febbraio 2016 n. 589.

¹⁴ Con una disposizione che presenta tratti simili a quella che sarà esaminata nel prosieguo, il legislatore è intervenuto anche nella materia degli appalti pubblici, imponendo all'appaltatore l'applicazione ai dipendenti impiegati nell'esecuzione della commessa pubblica del contratto collettivo *leader* o di un contratto collettivo che preveda trattamenti “equivalenti” (art. 11, co. 1, d.lgs. n. 36/2023, come modificato dall'art. 2, d.lgs. 31 dicembre 2024 n. 209). Sui problemi interpretativi e applicativi posti dalla disposizione citata v.: TAMPIERI, *Contratti collettivi e tutele salariali nell'art. 11 del codice appalti pubblici*, in *LPA*, 2024, p. 212; GIACONI, *Il nuovo codice e le tutele sociali dal punto di vista del giuslavorista. verso un appalto pubblico socialmente sostenibile?*, in *RGL*, 2024, I, p. 52. M. FAIOLI, *Contrattazione collettiva “equivalente”. Codice degli appalti, precomprensione ermeneutica e scelta di un metodo per comparare le tutele*, in *Federalismi.it*, n. 14/2025, 210.

gazione ai propri dipendenti di un trattamento economico e normativo complessivamente non inferiore “a quello previsto dal contratto collettivo nazionale e territoriale stipulato dalle associazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, applicato nel settore e per la zona strettamente connessi con l’attività oggetto dell’appalto e del subappalto”.

Si tratta della prima volta¹⁵ nella quale il legislatore impone nel settore degli appalti privati il rispetto di un livello minimo di trattamento parametrato sull’applicazione di un contratto collettivo, preoccupandosi altresì di fissare un criterio di selezione dei prodotti dell’autonomia collettiva¹⁶.

È evidente il tentativo del legislatore di sottrarre la determinazione del trattamento economico e normativo minimo al gioco della concorrenza tra le imprese del settore, imponendo il rispetto di quanto previsto dal contratto collettivo, tra quelli più aderenti all’attività oggetto dell’appalto, che sia sottoscritto dalle associazioni più rappresentative.

Obiettivo del legislatore è, al contempo, di imporre che la competizione nel mercato degli appalti si sviluppi al netto del costo del lavoro – che dovrebbe così costituire un valore fisso, idoneo ad assicurare ai lavoratori l’erogazione di un trattamento giusto, coerente con il dettato costituzionale – e che la determinazione di tale valore sia affidata alle parti sociali

¹⁵ In realtà già la l. 23 ottobre 1960, n. 1369 (poi abrogata dal d.lgs. n. 276/2003) imponeva l’applicazione ai dipendenti dell’appaltatore, nel caso dei c.d. appalti interni al ciclo produttivo del committente, di un trattamento minimo inderogabile retributivo e di un trattamento normativo non inferiori a quelli spettanti ai lavoratori dipendenti del committente. La disposizione utilizzava quindi una tecnica diversa da quella ora prevista dall’art. 29, co. 1 *bis*, d.lgs. 276/2003; disposizione che era però stata sostanzialmente inapplicata. Sulle ragioni del superamento della l. n. 1369/1960 e della riforma realizzata principalmente attraverso l’art. 29, d.lgs. n. 276/2003, v., da ultimo, SPEZIALE, *Il fenomeno dell’appalto nei suoi profili strutturali. Appalto lecito, illecito e intermediazione di mano d’opera*, in *WP CSDLE “Massimo D’Antona”*.IT, 2024, n. 481. Alcuni Autori argomentano la necessità di reintrodurre in nuove forme il principio di parità di trattamento: cfr. BELLAVISTA, *Appalti e tutela dei lavoratori*, e SANTUCCI, *L’appalto e il lavoro: interessi e tecniche di tutela*, entrambi in PROIA (a cura di), *Appalti e lavoro: problemi attuali*, Giappichelli, 2022, rispettivamente p.83 e p. 115.

¹⁶ È bene ricordare che l’art. 1, co. 1175, l. 27 dicembre 2006, n. 296, già da tempo subordina l’accesso ai benefici normativi e contributivi previsti dalla normativa in materia di lavoro e legislazione sociale al rispetto degli “accordi e contratti collettivi nazionali nonché di quelli regionali, territoriali o aziendali, laddove sottoscritti, stipulati dalle organizzazioni sindacali dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale”. Sul tema v.: Circ. INL nn. 3/2018 e 7/2019.

più rappresentative, allo scopo di prevenire lo *shopping* contrattuale da parte delle imprese.

La definizione del livello dei trattamenti in maniera che lo stesso sia corrispondente a quello definito dal contratto collettivo *leader* della categoria dovrebbe realizzare altresì un disincentivo all'esternalizzazione di funzioni che siano vicine al *core business* del committente, la cui unica motivazione risieda nell'obiettivo del contenimento del costo del lavoro. Ciò poiché, con riferimento a tali attività, il trattamento economico e normativo dovuto ai dipendenti dell'appaltatore dovrebbe coincidere con quello erogato ai dipendenti del committente, in considerazione della fissazione della soglia minima, in coincidenza con quella prevista dal contratto *leader* della categoria.

Analogamente, la disposizione dovrebbe disincentivare la creazione di catene di subappalti motivate dal tentativo di ridurre i livelli dei trattamenti lungo la filiera. Ciò anche se la disposizione ammette che ai dipendenti di appaltatore e subappaltatori possano applicarsi contratti collettivi diversi, laddove diverso sia l'oggetto dell'attività implicata dal contratto di appalto e subappalto.

Nonostante i condivisibili obiettivi di politica del diritto perseguiti, la disposizione appena riportata pone numerosi problemi interpretativi.

6. *La compatibilità con la Costituzione della fissazione di un trattamento economico minimo*

È bene subito mettere in evidenza come il nuovo comma 1 *bis* dell'art. 29 non imponga all'imprenditore di applicare un determinato contratto collettivo, quanto piuttosto di riconoscere ai lavoratori un "trattamento complessivamente non inferiore" a quello previsto dal contratto collettivo di riferimento (cd. contratto collettivo *leader*).

Si tratta di una formulazione che è utile a sgombrare il campo dai dubbi di legittimità costituzionale, almeno con riferimento alla determinazione del trattamento retributivo minimo che deve essere garantito dalle imprese appaltatrici.

Laddove la stessa avesse imposto l'applicazione di un certo contratto collettivo, si sarebbe potuto sostenere che la stessa fosse idonea a realizzare quell'applicazione generalizzata del contratto collettivo di categoria che deve

considerarsi preclusa dalla mancata attuazione della seconda parte dell'art. 39 Cost.¹⁷.

Al contrario, l'aver riferito l'obbligo dell'appaltatore all'erogazione di un trattamento complessivamente non inferiore ad un certo standard minimo consente di affermare che il contratto collettivo costituisce un parametro esterno, assunto dal legislatore come punto di riferimento per sanzionare la soglia dei trattamenti dovuti sotto la quale non è possibile scendere.

Da questo punto di vista, la tecnica legislativa appare coerente con quanto chiarito dalla Corte costituzionale nell'interpretazione dell'art. 7, co. 4, d.l. 31 dicembre 2007 n. 248 (convertito dalla l. 28 febbraio 2008 n. 31)¹⁸. In quell'occasione, il Giudice delle Leggi ha infatti evidenziato che il citato art. 7, "lungi dall'assegnare ai predetti contratti collettivi, stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative, efficacia erga omnes, in contrasto con quanto statuito dall'art. 39 Cost., mediante un recepimento normativo degli stessi, richiama i predetti contratti, e più precisamente i trattamenti economici complessivi minimi ivi previsti, quale parametro esterno di commisurazione, da parte del giudice, nel definire la proporzionalità e la sufficienza del trattamento economico da corrispondere al socio lavoratore, ai sensi dell'art. 36 Cost."¹⁹.

Mutuando quella tecnica, l'articolo qui in commento lascia dunque intatta la libertà sindacale, potendo le parti scegliere uno qualunque dei contratti collettivi vigenti. Libertà a cui sarà eventualmente collegato l'obbligo

¹⁷ Sul diverso, ma altrettanto importante, problema della compatibilità con l'ordinamento euro-unitario delle disposizioni che impongono l'applicazione di trattamenti minimi previsti dai contratti collettivi v. PANTANO, *Le clausole sociali nell'ordinamento giuridico italiano. Concorrenza e tutela del lavoro negli appalti*, Pacini Giuridica, 2020, p. 101 ss. ed ivi i riferimenti al dibattito dottrinale e agli orientamenti giurisprudenziali della Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

¹⁸ Il quale stabilisce che "in presenza di una pluralità di contratti collettivi della medesima categoria, le società cooperative che svolgono attività ricomprese nell'ambito di applicazione di quei contratti di categoria applicano ai propri soci lavoratori, ai sensi dell'art. 3, co. 1, l. 142/2001, i trattamenti economici complessivi non inferiori a quelli dettati dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni datoriali e sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale nella categoria".

¹⁹ C. cost. 26 marzo 2015, n. 51, in *RGL*, 2015, II, p. 493, con nota di BARBIERI, *In tema di legittimità costituzionale del rinvio al Ccnl delle organizzazioni più rappresentative nel settore cooperativo per la determinazione della retribuzione proporzionata e sufficiente*. Sul tema v. anche BELLOMO, *Determinazione giudiziale della retribuzione e individuazione del contratto collettivo-parametro tra art. 36 Cost. e normativa speciale applicabile ai soci lavoratori di cooperative*, in *RIDL*, 2020, II, p. 28.

di integrare il trattamento economico dovuto in base al contratto scelto se inferiore a quello previsto dal contratto *leader*.

Si può anzi affermare che l'art. 29, co. 1 *bis*, d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, si configuri come una disposizione attuativa dell'art. 36 Cost., codificando la misura della retribuzione minima dovuta al lavoratore dipendente dell'appaltatore per il tramite del rinvio al contratto collettivo *leader*.

7. *La compatibilità con la Costituzione della fissazione di un trattamento normativo minimo*

La questione della compatibilità con l'art. 39 Cost. si rileva più difficile da risolvere se esaminata con riferimento al versante della definizione del trattamento normativo minimo che deve essere assicurato ai dipendenti dell'appaltatore. Ciò perché mentre il diritto di accedere ad una retribuzione minima trova il suo fondamento nell'art. 36 Cost., non è possibile ravvisare un principio analogo per il trattamento normativo. Anzi si può affermare che è il principio stesso della libertà sindacale ad ammettere, quale naturale corollario del pluralismo contrattuale che vi è connesso, la possibilità che si abbiano trattamenti diversificati in ragione del diverso equilibrio che le parti sociali hanno inteso definire con la stipulazione del contratto collettivo.

È comunque possibile ritenere che la tecnica normativa utilizzata nell'art. 29 co. 1 *bis* sia compatibile con i principi appena richiamati, sol che si consideri che, tramite la regola in esame, il legislatore non attribuisce un'efficacia generale al contratto collettivo, ma individua il livello minimo dei trattamenti che deve essere assicurato ai lavoratori dell'appaltatore (e del subappaltatore). In questo modo la legge esercita la funzione sua propria, ossia fissa il trattamento minimo che spetta al lavoratore subordinato, lasciando libera la contrattazione collettiva di migliorarlo.

Considerata la questione da questo punto di vista, si può escludere che ci sia violazione della libertà di impresa. L'imprenditore non è infatti obbligato ad applicare un determinato contratto collettivo, quanto piuttosto ad assicurare il trattamento previsto dal contratto di riferimento, salvo poter applicare anche un contratto collettivo diverso, eventualmente integrando quei trattamenti che sono necessari per raggiungere la soglia del trattamento minimo previsto dal contratto *leader*.

Non deve trarre in inganno il fatto che il legislatore abbia compiuto la scelta di non fissare direttamente il trattamento minimo, piuttosto preferendo recepire il trattamento previsto da un certo contratto collettivo. L'obbligo di erogare il trattamento minimo trova il suo fondamento nella legge, anche se questa rinvia da una fonte esterna per la sua determinazione in concreto²⁰.

Si potrebbe obiettare che la tecnica impiegata dal legislatore realizzerebbe una lesione della libertà sindacale delle organizzazioni non annoverabili tra quelle comparativamente più rappresentative. Ciò perché, imponendo alle imprese di uniformarsi al trattamento previsto dal contratto collettivo *leader*, la regola impedirebbe alla contrattazione collettiva di dispiegarsi liberamente, escludendo che possa assumere rilevanza un diverso equilibrio definito da soggetti sindacali meno rappresentativi.

Anche questa obiezione appare però superabile nel momento in cui si consideri che la Costituzione configura sia la libertà sindacale sia la libertà d'iniziativa economica come libertà non assolute, ma destinate a convivere e a bilanciarsi, anche attraverso il riconoscimento al legislatore ordinario della facoltà di fissare regole destinate a limitarne il dispiegarsi, per contenere gli effetti distorsivi che ne potrebbero derivare.

Nell'art. 39 Cost. ciò è detto in maniera esplicita con riferimento al tema dell'efficacia soggettiva del contratto collettivo, nel momento in cui la disposizione, pur ammettendo il pluralismo contrattuale, regola un meccanismo destinato a riconoscere efficacia *erga omnes* ad un unico contratto collettivo, sulla base di un criterio di selezione fondato su un meccanismo maggioritario.

Ciò vale anche per la libertà d'iniziativa economica privata, laddove l'art. 41 Cost. espressamente ammette che la stessa non possa svolgersi in contrasto con l'utilità sociale.

La considerazione di tali aspetti permette di concludere che il legislatore possa legittimamente assumere il trattamento normativo definito da un contratto collettivo selezionato sulla base di criterio di maggiore rappresentatività al fine di contenere le distorsioni che possono conseguire al libero dispiegarsi

²⁰ Considerando la questione da questo punto di vista, la tecnica utilizzata dal legislatore appare compatibile anche con i paletti posti dalla Corte di Giustizia, secondo la quale la direttiva europea in materia di distacchi transnazionali consente solo alla legge e ai contratti collettivi dotati di efficacia soggettiva *erga omnes* di imporre condizioni economiche e normative inderogabili: su tali profili v. ancora PANTANO, *Le clausole sociali nell'ordinamento giuridico italiano*, cit.

della libertà sindacale e che si sono ampiamente manifestate negli anni recenti tramite il fenomeno della proliferazione dei contratti collettivi.

Allo stesso modo, il riferimento al contratto collettivo *leader* come parametro soglia pone una regola volta a concretizzare la fattispecie dell'utilità sociale. Si da poter affermare che la concorrenza tra le imprese può liberamente dispiegarsi, purché non dia luogo alla definizione di trattamenti peggiorativi rispetto a quelli previsti dal contratto collettivo *leader*.

In conclusione, se la libertà di scelta del contratto collettivo costituisce espressione tanto della libertà sindacale, quanto della libertà d'impresa, l'obbligo di garantire i trattamenti previsti dal contratto *leader* nel mercato degli appalti appare una regola che legittimamente il legislatore ordinario può definire allo scopo di assicurare un ragionevole bilanciamento di quelle medesime libertà e di evitare che l'eccesso di libertà si ripercuota a danno dell'utilità sociale; utilità sociale che il legislatore ordinario qualifica come realizzata tramite la garanzia del riconoscimento a tutti i lavoratori di un trattamento non inferiore a quello definito del contratto *leader*.

8. *I problemi applicativi posti dalla nuova disposizione in materia di appalti privati*

Se il nuovo co. 1 *bis* dell'art. 29 d.lgs. n. 276/2003 appare dunque compatibile con l'impianto costituzionale, la strada della sua concreta applicazione si rivela irta di difficoltà.

Va rilevato che oltre a mancare criteri legali di misurazione della rappresentatività, è noto, a chiunque abbia un po' di dimestichezza con i contratti collettivi di categoria, come il confronto tra gli stessi sia un'operazione molto complessa e, in alcuni casi, sostanzialmente arbitraria.

Per essere più chiari sul punto, basti osservare che il confronto tra i testi dei contratti collettivi non può risolversi nel semplice confronto tra i valori minimi della paga base previsti per ciascuno dei livelli della classificazione del personale. Ed invero, laddove pure fosse possibile individuare con esattezza quali degli inquadramenti previsti dai contratti collettivi in comparazione prevedano mansioni che possano considerarsi professionalmente equivalenti, il confronto non potrebbe ridursi ai minimi tabellari, né, più in generale, agli istituti retributivi. Dovendo farsi riferimento al trattamento economico e normativo nel suo complesso, si rende

i
criteri
:
INSE
RIRE
i

necessario un confronto che tenga conto di tutti gli istituti che concorrono a definirlo.

Sicché, il semplice fatto che un contratto collettivo preveda una paga base più bassa di quella prevista dal contratto collettivo *leader* per l'inquadramento comparabile, non esclude che il trattamento complessivo possa comunque essere superiore, purché il trattamento riconosciuto per altri istituti (ad esempio l'indennità per lavoro straordinario o per lavoro notturno o su turni, il numero di giorni di ferie, la disciplina dei congedi e dei permessi, ecc.) sia di miglior favore.

In altri termini, qualunque operazione di comparazione difficilmente è idonea a tenere in considerazione l'equilibrio complessivo tra le diverse voci che hanno costituito oggetto della trattativa e, in ultima analisi, dello scambio che le parti hanno realizzato con la definizione del contenuto del contratto collettivo.

È facile dunque prevedere che l'applicazione delle disposizioni in parola possa essere fonte di un contenzioso significativo con riferimento al confronto tra il trattamento effettivamente riconosciuto al dipendente dell'appaltatore e dei subappaltatori e quello previsto dal contratto collettivo *leader*.

Nello spazio limitato di questo studio, i principali problemi interpretativi che la nuova disposizione pone possono essere così sintetizzati:

- quali sono i criteri che devono essere utilizzati per individuare il contratto collettivo *leader*?
- nel caso in cui l'appaltatore intenda applicare un contratto collettivo diverso da quello *leader*, come e sulla base di quali parametri deve essere operata la relativa comparazione?

9. I criteri di individuazione del contratto collettivo *leader*

All'interno dell'art. 29, co. 1 *bis*, d.lgs. n. 276/2003, l'individuazione del contratto collettivo, da utilizzare come parametro di riferimento per la definizione del trattamento minimo dovuto ai dipendenti dell'appaltatore, è affidata a due elementi.

Il primo è costituito dalla delimitazione del perimetro all'interno del quale effettuare la ricerca, che viene fatto coincidere con quelli del settore o della zona "strettamente connessi" con l'attività oggetto dell'appalto.

Quella del riferimento al settore, alla categoria o alla zona costituisce

una tecnica risalente, già utilizzata dal legislatore nello Statuto dei lavoratori per individuare il contratto collettivo alla cui applicazione è vincolato l'aggiudicatario di commesse pubbliche (art. 36, l. 20 maggio 1970 n. 300)²¹.

Con riferimento a tale tecnica, è utile ricordare che la nozione di categoria non ha una valenza "ontologica". La categoria, detto altrimenti, non preesiste alla contrattazione collettiva, ma è, al contrario, un prodotto dell'autonomia negoziale delle parti sociali. Sicché la categoria, così come il settore o la zona, sono delimitate dalle parti stipulanti, le quali individuano le attività produttive alle quali è destinato a trovare applicazione l'accordo collettivo²².

Ciò comporta che l'individuazione dei contratti collettivi da assumere a parametro di riferimento per la definizione del trattamento economico e normativo minimo dovuto ai dipendenti dell'appaltatore andrà compiuta affidandosi a quanto le stesse parti sociali hanno previsto all'interno dello stesso contratto collettivo.

Sul punto è opportuno precisare che, ai fini dell'individuazione del contratto collettivo, assume rilevanza esclusiva l'attività oggetto dell'appalto e non già le mansioni che saranno in concreto svolte dai dipendenti dell'appaltatore. Con altri termini, i contratti collettivi che andranno posti in comparazione non saranno tutti i contratti collettivi che prevedano all'interno del proprio sistema di inquadramento la medesima figura professionale, bensì esclusivamente quei contratti collettivi all'interno del cui ambito di applicazione, come definito dalle parti sociali, rientri l'attività oggetto del contratto di appalto.

Pur con tale precisazione, il criterio utilizzato nell'art. 29, co. 1 *bis*, non appare idoneo a contrastare con certezza gli effetti connessi alla proliferazione dei contratti collettivi di cui si è detto in esordio.

²¹ L'analisi della disciplina dettata dall'art. 36 l. 300/1970 non è oggetto di approfondimento di questo studio. È qui sufficiente richiamare il fondamentale saggio di GHERA, *Le c.d. clausole sociali: evoluzione di un modello di politica legislativa*, in *DRI*, 2001, p. 133. L'art. 36 l. n. 300/1970, pur formalmente ancora vigente, non è più sostanzialmente applicato in ragione della diversa tecnica utilizzata nella legislazione in materia di contratti pubblici che, a partire dal d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, fonda l'obbligo dell'appaltatore di applicare ai propri dipendenti un determinato contratto collettivo direttamente nella legge.

²² Il dibattito sulla nozione di categoria è ampio e complesso, sicché non è qui possibile dare conto in maniera esaustiva della relativa letteratura. Per un inquadramento della tematica e dei relativi problemi teorici e applicativi, nonché per i necessari riferimenti dottrinali v. CENTAMORE, *Contrattazione collettiva e pluralità di categorie*, Bononia University Press, 2020; FERRARESI, *La categoria contrattuale nel diritto sindacale italiano*, Cedam, 2020.

È evidente, infatti, che molteplici sono nella pratica i contratti collettivi le cui aree di applicazione coincidono o comunque si sovrappongono almeno parzialmente, sicché, affidandosi a quanto previsto dalle stesse parti all'interno del contratto collettivo, numerosi potranno essere i contratti collettivi a cui si potrà far riferimento per adeguarsi in concreto alla previsione del comma 1 *bis* dell'art. 29. Tale fenomeno di sovrapposizione è peraltro nei tempi recenti fortemente accresciuto dalla presenza di contratti collettivi caratterizzati dalla previsione di un ambito di applicazione vastissimo, ai limiti della omnicomprensività²³, tali da porsi in potenziale concorrenza con qualunque altro contratto collettivo.

È bene sottolineare che l'esistenza di contratti collettivi la cui categoria di applicazione è delimitata da confini molto ampi è tutt'altro che incompatibile con la tutela che la nostra Costituzione assicura all'attività sindacale, ma anzi è pienamente connaturata al principio di libertà sindacale consacrato dall'art. 39. Se infatti la Costituzione riconosce e protegge la libertà dei lavoratori di creare e aderire alle associazioni sindacali, il corollario necessario è che ciascuna di tali associazioni ha piena libertà di svolgere attività sindacale e di concludere, quindi, contratti collettivi pienamente validi ed efficaci.

Naturale conseguenza della libertà sindacale è, dunque, il pluralismo associativo e la molteplicità dei contratti collettivi.

Non v'è dubbio, però, che la proliferazione dei contratti collettivi che il nostro sistema registra da alcuni lustri non appare uno sviluppo e un'applicazione sana dei principi e libertà sin qui illustrate, ma ne costituisce un'aberrazione, suscettibile di generare il fenomeno dello *shopping* contrattuale di cui si è più sopra detto.

Per tentare di contenere questo esito, il legislatore del 2024 ha precisato, con tecnica questa volta innovativa, che il contratto collettivo deve essere rivolto al settore o alla zona che siano "strettamente connessi" con l'attività oggetto dell'appalto.

L'intento è chiaramente quello di delimitare il novero dei contratti collettivi ai quali è possibile attingere, escludendo in prima battuta quelli che dovessero avere una formulazione del settore o della zona, eccessivamente ampi.

²³ Cfr. CIUCCIOVINO, *Fisiologia e patologia del pluralismo contrattuale tra categoria sindacale e perimetri settoriali*, cit., p.166.

Se l'intento è ancora una volta meritevole di condivisione, la tecnica utilizzata appare, però, in larga parte inadatta a realizzare tale risultato, oltre a non offrire garanzia di tenuta per il futuro circa la propria capacità di contenere l'effetto di moltiplicazione dei prodotti dell'autonomia collettiva.

L'inadeguatezza della tecnica emerge in maniera evidente laddove si consideri che l'espressione "strettamente connessi" è indeterminata e dai contorni incerti.

Ci si potrebbe chiedere, ad esempio, se la stessa richieda semplicemente che l'attività oggetto dell'appalto sia espressamente prevista in maniera precisa e puntuale all'interno dell'articolo dedicato a delimitare l'ambito di applicazione del contratto collettivo, ovvero se la stessa richieda che il contratto collettivo preveda come unica attività di riferimento quella oggetto del contratto di appalto.

Nel primo caso, l'efficacia selettiva della disposizione sarebbe sostanzialmente annullata.

Nel secondo caso, la norma apparirebbe, al contrario, eccessivamente restrittiva, al punto da invogliare le parti sociali a "scindere" i contratti collettivi, sottoscrivendo tanti contratti collettivi quante sono le attività specifiche che si intenda coprire. L'effetto sarebbe dunque quello di alimentare ulteriormente il fenomeno della moltiplicazione dei contratti collettivi, realizzando un effetto esattamente contrario a quello che ha animato lo spirito della riforma.

Di fronte a tali dubbi, la soluzione che appare preferibile è quella di intendere la "connessione stretta" come un attributo che riguarda non solo l'ambito di applicazione come definito dal contratto collettivo, ma anche l'ambito entro il quale deve essere misurata la capacità rappresentativa dei soggetti stipulanti. Il contratto collettivo può quindi dirsi strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto, se lo stesso contempla espressamente tale attività nel suo ambito di applicazione e purché tale attività rientri nella categoria o sia svolta in una zona all'interno delle quali le associazioni firmatarie possano dirsi comparativamente più rappresentative.

Ciò significa che il contratto collettivo che può vantare il primo dei due attributi richiesti dall'art. 29, co. 1 *bis*, d.lgs. n. 276/2003 (ossia avere un ambito di applicazione strettamente connesso con l'oggetto dell'appalto), è solo quello le cui parti firmatarie possano dimostrare di possedere un'effettiva capacità rappresentativa di imprese e lavoratori operanti nel suo ambito di applicazione.

Il contratto collettivo è dunque strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto solo in quanto all'associazione datoriale firmataria aderiscano imprese che svolgono effettivamente l'attività oggetto dell'appalto e i sindacati firmatari associno lavoratori effettivamente impiegati presso queste ultime.

Ciò, vale la pena di precisare, non realizza alcuna violazione del principio di libertà sindacale, ma anzi lo valorizza, garantendo che i trattamenti che devono essere applicati dall'appaltatore siano determinati dai soggetti che siano realmente rappresentativi dei soggetti (imprese e lavoratori) che operano nell'ambito di applicazione del contratto collettivo.

Tale soluzione non consente ovviamente di risolvere ogni problema e non esclude che vi possano essere più contratti collettivi stipulati da associazioni che possano dirsi rappresentative all'interno del medesimo ambito di applicazione e non risolve il problema della ricerca delle associazioni che possano dirsi comparativamente più rappresentative.

Essa però disincentiva la tendenza espansiva dei contratti collettivi. Non basta, infatti, che il contratto collettivo sia stato stipulato da associazioni comparativamente più rappresentative in un dato settore per estenderne l'applicazione anche ad altri. La disposizione richiede che sia svolto, di volta in volta, un controllo sulla capacità rappresentativa delle associazioni firmatarie all'interno dell'ambito di applicazione in cui ne viene invocata l'applicazione.

Questa impostazione risulta peraltro coerente con la disposizione che, prima in ordine temporale, ha introdotto nel nostro ordinamento il criterio della rappresentatività comparata come criterio di selezione dei contratti collettivi. L'art. 2, co. 25, l. 28 dicembre 1995, n. 549, con l'intento di permettere l'individuazione della retribuzione imponibile ai fini contributivi nelle categorie che vedano la presenza di una molteplicità di contratti collettivi, ha infatti previsto che "l'art. 1, d.l. 338/1989, convertito, con modificazioni, dalla l. 389/1989, si interpreta nel senso che, in caso di pluralità di contratti collettivi intervenuti per la medesima categoria, la retribuzione da assumere come base per il calcolo dei contributi previdenziali ed assistenziali è quella stabilita dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative nella categoria".

Esula dall'oggetto di questo ragionamento, limitato al tentativo di decrittare il significato dell'espressione "strettamente connessi", l'approfondi-

mento dei criteri che devono presiedere all'individuazione delle associazioni, sindacali²⁴ e datoriali²⁵, comparativamente più rappresentative.

Vale qui la pena solo di aggiungere che la soluzione appena proposta incontra in ogni caso il limite rappresentato dal fatto che la nozione di rappresentatività comparata non è definita dalla legge, la quale non detta i criteri sulla base dei quali tale comparazione andrebbe fatta, né, cosa ancor più importante, fornisce indicazioni sulla determinazione delle regole da seguire per perimetrare i diversi settori e categorie.

Sicché ogni criterio che venga utilizzato per operare la comparazione è in sé opinabile²⁶ e suscettibile di dar luogo ad un contenzioso sulla esatta individuazione del contratto collettivo da assumere come parametro per l'applicazione dell'art. 29, co. 1 *bis*, d.lgs. 276/2003²⁷.

²⁴ Il dibattito sulla nozione di sindacato comparativamente più rappresentativo è risalente, articolato e molto complesso, sicché non è possibile qui darne conto, anche solo perenni. Per approcciare i problemi definitivi e applicativi di tale nozione v., tra gli altri: MONDA, *Potere sindacale, democrazia e rinvio legale*, Editoriale Scientifica, 2024; ALVINO, *I rinvii legislativi al contratto collettivo*, Jovene, 2018, p. 183 ss.; TOMASSETTI, *La nozione di sindacato comparativamente più rappresentativo nel decreto legislativo n. 81/2015*, in *DRI*, 2016, p. 367; PASSALACQUA, *Il modello del sindacato comparativamente più rappresentativo nell'evoluzione delle relazioni sindacali*, in *DRI*, 2014, p. 378.

²⁵ È noto come una delle cause principali del fenomeno della proliferazione dei contratti collettivi sia l'elevato tasso di frammentazione che contraddistingue l'associazionismo datoriale. Sul tema v., almeno: MAGNANI, *Riflessioni sulla misurazione della rappresentanza datoriale nell'ordinamento statale e intersindacale*, in *LDE*, 2021; CIUCCIOVINO, *Mettere ordine nella giungla dei ccl: un'esigenza indifferibile*, in *DLRI*, 2018, p. 227; ALVINO, IMBERTI, *Contratto collettivo leader e rappresentanza datoriale*, in *LLI*, 2018, n.2; LASSANDARI, *Sulla verifica della rappresentatività delle organizzazioni sindacali datoriali*, in *DLRI*, 2017; PAPA, *Verso una rappresentanza misurata? Strumenti e metodi di misurazione della rappresentatività datoriale*, in *DLRI*, 2017, p. 21; BELLARDI, *L'associazionismo dei datori di lavoro: un elemento di fragilità delle relazioni industriali?*, in *DLRI*, 2016, p. 403.

²⁶ È al riguardo è interessante ricordare la Circolare dell'INL del 28 luglio 2020, nella quale è affermato che "il grado di rappresentatività delle OO.SS viene individuato attraverso la valutazione complessiva dei seguenti elementi: consistenza numerica degli associati delle singole OO.SS.; ampiezza e diffusione delle strutture organizzative; partecipazione alla formazione e stipulazione dei contratti nazionali collettivi di lavoro; partecipazione alla trattazione delle controversie di lavoro, individuali, plurime e collettive". Si tratta di un intervento certamente utile ad orientare l'operato degli ispettori, ma non si può non rilevare come tali criteri siano stati elaborati dalla giurisprudenza per l'individuazione delle associazioni maggiormente rappresentative e non già per individuare quelle "comparativamente più rappresentative", sicché il ricorso agli stessi non esclude che possano verificarsi situazioni nelle quali vi siano più sindacati maggiormente rappresentativi, firmatari di contratti collettivi distinti per il medesimo ambito di applicazione, lasciando irrisolto il problema della selezione tra gli stessi.

²⁷ Proprio i limiti connessi all'assenza di una definizione legale che individui i parametri

10. I criteri per l'individuazione del contratto collettivo equivalente

Altrettanto delicato e di non facile soluzione è il problema riguardante la valutazione destinata ad accertare l'equivalenza, o meno, dei contratti collettivi posti in comparazione.

Come più sopra rilevato, la complessità di questa operazione risulta evidente se si parte dal presupposto che la molteplicità dei trattamenti previsti dai singoli CCNL rende sostanzialmente impossibile operare in termini oggettivi una valutazione che consenta di ricostruire il rapporto tra i diversi trattamenti dal punto di vista della compensazione e del bilanciamento tra gli stessi.

In questa prospettiva, certamente opinabili sono le indicazioni che l'INL²⁸ e l'ANAC²⁹ hanno inteso offrire sul punto con riferimento alla disposizione dettata in materia di appalti pubblici, perseguendo il lodevole intento di fornire un contributo di chiarimento, volto anche a favorire condotte uniformi da parte degli ispettori impiegati sul territorio e delle pubbliche amministrazioni aggiudicatrici.

Gli enti appena richiamati, con riferimento in particolare al trattamento normativo, hanno selezionato una pluralità di istituti regolati dai CCNL da utilizzare come parametro di riferimento per eseguire la comparazione, stabilendo la soglia di scostamento che permette di considerare il CCNL equivalente.

Metodo che ora il legislatore ha codificato per il settore degli appalti pubblici attraverso l'inserimento all'interno del d.lgs. 36/2023, ad opera del d.lgs. 31 dicembre 2024, n. 209, dell'allegato I.01.

per eseguire la comparazione tra le associazioni sindacali, avevano indotto il legislatore del d.l. 2 marzo 2024, n. 19 ad utilizzare un criterio diverso per l'individuazione del contratto collettivo *leader*. La formulazione iniziale della disposizione prevedeva, infatti, che il trattamento minimo dovuto ai dipendenti degli appaltatori fosse parametrato al contratto collettivo "maggiormente applicato nel settore o per la zona". La regola mirava dunque ad ovviare all'impossibilità, allo stato, di misurare con certezza la rappresentatività delle organizzazioni sindacali, con il ricorso ad un dato oggettivo rappresentato dal numero dei rapporti di lavoro a cui il contratto collettivo trova applicazione, come individuato sulla base delle comunicazioni obbligatorie trasmesse mensilmente dalle imprese. La disposizione è stata opportunamente corretta in sede di conversione del decreto legge. Il criterio della maggiore applicazione non avrebbe, infatti, sul lungo periodo, garantito un livello più alto dei trattamenti, ma, con maggior probabilità, avrebbe finito per favorire condotte volte a far risultare come più applicati proprio i contratti collettivi con trattamenti più contenuti.

²⁸ Cfr. Circolare INL 28 luglio 2020.

²⁹ Cfr. ANAC, *Nota illustrativa. Bando tipo n. 1/2023*.

Il metodo scelto presenta dei profili di criticità se si considera che il giudizio di equivalenza presupporrebbe una valutazione ed un confronto tra i CCNL considerati nella loro globalità e non limitatamente a singoli istituti e per specifici trattamenti. A mo' di esempio, si potrebbe immaginare che la clausola che eventualmente dovesse prevedere una durata del periodo di comporto rilevante per il licenziamento trovi il suo bilanciamento nel riconoscimento di un'integrazione dell'indennità di malattia a carico del datore tale da assicurare l'equiparazione del trattamento finale alla retribuzione.

Questo esempio per dire che, normalmente, per tutti i contratti collettivi che possano definirsi tali, il trattamento complessivo finale è frutto di un compromesso che considera, alla ricerca del reciproco bilanciamento, gli interessi contrapposti e i rispettivi vantaggi che da quel bilanciamento le parti traggono e ritengono utile, sottoscrivendo l'accordo, per l'interesse collettivo della parte rappresentata.

Un bilanciamento che non è facile identificare dalla semplice lettura del contratto collettivo; ciò poiché i vantaggi legati alle singole clausole che sono stati presi in considerazione per individuare il punto finale di equilibrio non sono esplicitati dalle parti, ma sono emersi e sono stati considerati nel percorso, più o meno faticoso, delle trattative che hanno permesso di definire l'accordo.

Avendo presenti tali preliminari considerazioni, appare corretto impostare la ricerca del metodo sulla base del quale eseguire il confronto tra i contratti collettivi muovendo dall' assunto per cui tale confronto non può essere eseguito in astratto, bensì considerando la condizione specifica dei dipendenti impiegati dall'appaltatore per l'esecuzione dell'opera o servizi impiegati³⁰.

Ne consegue che è necessario operare una mappatura delle professionalità impiegate e dell'inquadramento che a ciascuna di esse deve essere attribuito all'interno dei contratti collettivi posti in comparazione, per poi andare a individuare e successivamente valutare in concreto se ed in che misura i due trattamenti si diversifichino.

La necessità di operare una valutazione in concreto del trattamento in godimento al personale impiegato dall'appaltatore richiede, altresì, che non

³⁰ CIUCCIOVINO, LAMBERTI, FIORI, MARAGA, MINOTTI, TORRONI, *CCNL e competizione contrattuale nel settore terziario. Dall'analisi comparativa dei CCNL applicati alla valutazione delle ricadute economico-normative per imprese e lavoratori*, Aracne, 2025.

ci si soffermi a confrontare i contenuti del CCNL applicato con quello previsto da contratto *leader*, ma che si considerino, per un verso, anche l'eventuale contrattazione decentrata applicata al rapporto di lavoro e, per l'altro, i trattamenti eventualmente riconosciuti a livello individuale al singolo lavoratore. Sicché l'eventuale inferiorità del trattamento previsto dal CCNL applicato dall'appaltatore, potrebbe essere compensata da quanto eventualmente riconosciuto a livello decentrato o a livello individuale.

In questo, l'art. 29, co. 1 *bis*, d.lgs. 276/2003 segna un significativo punto di differenza rispetto a quanto previsto dall'omologa disposizione vigente in materia di appalti pubblici.

Ed invero, mentre l'art. 11 d.lgs. 36/2023 impone di accertare che il contratto collettivo di categoria applicato dall'appaltatore preveda trattamenti equivalenti a quelli previsti dal contratto collettivo *leader*, l'art. 29 fa invece riferimento al trattamento applicato al personale, sì da dare rilevanza alla misura del trattamento in concreto goduto, anche se lo stesso non trovi la sua fonte, almeno in parte, in un contratto di categoria.

Ciò detto, rimane utile poter definire i termini sulla base dei quali sia possibile operare il confronto (in concreto) tra i trattamenti previsti da diversi CCNL, poiché è sulla base di quegli stessi termini che sarà possibile poi valutare eventuali compensazioni a livello decentrato o individuale.

La prima questione da affrontare è se la valutazione del trattamento economico debba essere considerata preliminare e autonoma rispetto alla comparazione delle condizioni previste dalla parte normativa del contratto collettivo. Detto altrimenti, è necessario chiedersi se una misura minore del trattamento economico prevista dall'uno dei due contratti collettivi posti in comparazione lo renda necessariamente non equivalente all'altro, ovvero se tal differenza possa giustificarsi alla luce dei migliori trattamenti previsti dalla parte normativa.

La seconda alternativa appare quella preferibile, laddove si consideri che la disposizione in esame impone il riconoscimento di un "trattamento complessivo" non inferiore a quello previsto dal contratto collettivo *leader*, sicché ben può il minor trattamento economico trovare il suo bilanciamento in un trattamento normativo più vantaggioso.

Il fatto che il contratto collettivo preveda un trattamento economico meno vantaggioso non è dunque di per sé ostativo alla possibilità di accertare l'equivalenza dei contratti collettivi, purché sia però assicurato il godimento del trattamento economico minimo imposto dall'art. 36 Cost., così come

determinato sulla base dei criteri di recente individuati nella Cassazione³¹. Con altri termini, il confronto può validamente porsi esclusivamente tra CCNL che prevedano trattamenti minimi conformi all'art. 36 Cost., poiché in mancanza di "sufficienza" non si pone un problema di "equivalenza", ma di "disapplicazione" del contratto collettivo.

Ciò posto, la seconda questione riguarda quali istituti della parte normativa debbano essere presi in considerazione nella comparazione ed entro quali limiti le eventuali differenze debbano essere considerate rilevanti.

Questo costituisce l'aspetto indubbiamente più complicato di tutta l'operazione, sul quale non pare possibile trovare criteri risolutivi certi.

Alla ricerca di una soluzione a tale questione è utile considerare che l'allegato I.01 al Codice degli appalti, sulla scorta della tecnica già elaborata da ANAC e INL, contiene un elenco di istituti tra i quali operare la comparazione, stabilendo che l'equivalenza richiede che gli scostamenti su di essi previsti siano solo "marginali".

Si deve ritenere che l'elencazione definita dal citato allegato non sia vincolante nell'applicazione dell'art. 29, co. 1 *bis*.

Essa però costituisce un punto di riferimento che appare difficilmente ignorabile nell'interpretazione della disposizione in materia di appalti privati, tanto da poterla considerare un punto di partenza dalla quale è certamente possibile discostarsi, purché però una diversa valutazione sia adeguatamente motivata.

Tra le motivazioni valide rientrano, a mio parere, la considerazione di quei trattamenti che, pur non contemplati nell'elencazione di cui al citato allegato, vengano in gioco in ragione della specifica organizzazione del lavoro messa in atto dall'appaltatore. Organizzazione che può, nel caso concreto, escludere rilevanza a istituti contemplati nel suddetto elenco, mentre può farne venire in gioco altri sui quali il contratto collettivo prescelto può riconoscere condizioni di miglior favore.

In conclusione, la valutazione del rispetto dell'art. 29, co. 1 *bis*, d.lgs. 276/2003, non può che essere svolta in concreto, attraverso una puntuale valutazione della corrispondenza tra il trattamento concretamente erogato al personale impiegato nell'appalto o nel subappalto e quello che sarebbe stato corrisposto se avesse trovato applicazione il contratto collettivo *leader*, tenendo conto della specifica organizzazione del lavoro realizzata dall'appaltatore.

³¹ V. la precedente nt. 8.

II. *L'impatto sulla responsabilità solidale del committente e la potenziale forza espansiva oltre i limiti dell'appalto*

A conclusione dell'analisi sin qui svolta, è possibile sviluppare alcune ulteriori osservazioni.

Con riferimento agli appalti privati, va osservato che per effetto della determinazione di un livello minimo del trattamento economico e normativo dovuto ai lavoratori, l'area del debito solidale del committente si amplia, dovendo quest'ultimo essere considerato responsabile dell'erogazione del trattamento minimo previsto dal contratto *leader* sulla base del disposto dell'art. 29, co. 2, d.lgs. 276/2003.

Ciò produce almeno due effetti per il committente facilmente intuibili.

Il primo è quello, eventuale, di un aggravio dei costi dell'appalto. Ciò avverrà con riferimento a tutte quelle ipotesi nelle quali l'appaltatore e l'eventuale subappaltatore applicassero un contratto collettivo con trattamenti più bassi di quello *leader* e che ora saranno tenuti ad adeguarsi alle previsioni di quest'ultimo. Nei casi in cui oggetto dell'affidamento in appalto siano attività rientranti nella medesima categoria dell'attività svolta dal committente, ciò potrà addirittura tradursi nell'obbligo di applicare il medesimo contratto collettivo applicato dal committente ai propri dipendenti.

Il secondo effetto consiste in un aggravio dei profili di gestione dell'appalto. Il committente avrà infatti interesse ad accertarsi che il trattamento effettivamente erogato dall'appaltatore e dal subappaltatore corrispondano al trattamento previsto dalla legge. Controllo che potrà essere più complesso laddove l'appaltatore applichi un contratto collettivo diverso da quello che la norma assume a parametro di riferimento; in tal caso il controllo richiederà che sia svolto un lavoro di comparazione che, per quanto più sopra già osservato, non può considerarsi semplice ed anzi difficilmente riuscirà a scongiurare il rischio di un contenzioso giudiziario.

Vi è poi un terzo profilo che merita di essere considerato, richiamando la recente giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di Cassazione, nella quale i Supremi Collegi hanno esteso in maniera significativa l'ambito di applicazione della responsabilità solidale, sulla base di argomentazioni che potrebbero essere invocate per giustificare un ampliamento dell'ambito di applicazione anche della disposizione qui in commento.

Com'è noto, la Corte costituzionale, con l'importante sentenza del 13 dicembre 2017, n. 254, ha esteso l'ambito di applicazione del secondo comma

dell'art. 29 d.lgs. 276/2003 anche alla subfornitura, applicando il criterio dell'analogia³².

Il Giudice delle Leggi ha rilevato, infatti, l'esistenza di una disparità di trattamento non giustificabile tra lavoratori (i dipendenti dell'appaltatore rispetto ai dipendenti del subfornitore) che versano in una condizione sostanzialmente analoga rappresentata dall'essere coinvolti all'interno di un'operazione di decentramento.

Poiché la ratio della responsabilità solidale risiederebbe nell'intento di "evitare il rischio che i meccanismi di decentramento, e di dissociazione fra titolarità del contratto di lavoro e utilizzazione della prestazione, vadano a danno dei lavoratori utilizzati nell'esecuzione del contratto commerciale", l'accesso a tale garanzia si imporrebbe anche nel caso della subfornitura, nella quale, anzi, "la considerazione che le esigenze di tutela dei dipendenti dell'impresa subfornitrice, in ragione della strutturale debolezza del loro datore di lavoro, sarebbero da considerare ancora più intense e imprescindibili che non nel caso di un «normale» appalto".

Si tratta di una soluzione che, pur condivisibile con riferimento all'ambito specifico della subfornitura, appare però criticabile per i potenziali incontrollabili effetti dilaganti che la stessa rischia di avere, nel momento in cui la Corte costituzionale individua come termini di confronto dei lavoratori dell'appaltatore in tutti quei lavoratori che si trovino a svolgere la propria prestazione in contesti di "lavoro indiretto".

Ha infatti osservato la Corte che "all'obiezione per cui la natura eccezionale della norma sulla responsabilità solidale del committente osterebbe ad una sua applicazione estensiva in favore di una platea di soggetti diversi dai dipendenti dell'appaltatore o subappaltatore (ai quali soltanto la norma stessa fa testuale riferimento) si replica, infatti, che l'eccezionalità della responsabilità del committente è tale rispetto alla disciplina ordinaria della responsabilità civile – che esige di correlarsi alla condotta di un soggetto determinato – ma non lo è più se riferita all'ambito, ove pur distinto, ma comunque omogeneo in termini di lavoro indiretto, dei rapporti di subfornitura".

Come ho avuto modo di rilevare altrove, la Corte utilizza un'espressione che non qualifica una fattispecie esattamente delimitata nell'ordinamento e

³² Per approfondimenti sui contenuti di tale sentenza sia consentito rinviare a ALVINO, *Appalto, subfornitura, lavoro indiretto: la Corte costituzionale amplia l'ambito di applicazione della responsabilità solidale*, in RIDL, 2018, II, p. 237.

che ha piuttosto un valore meramente descrittivo di situazioni nelle quali possono porsi le medesime esigenze di tutela che la responsabilità solidale mira a soddisfare.

La portata espansiva della decisione della Corte costituzionale si è da ultimo manifestata nella pronuncia della Corte di Cassazione 16 ottobre 2024, n. 15240³³.

Con tale arresto, la Suprema Corte è stata chiamata a pronunciarsi sull'applicabilità del regime della responsabilità solidale anche al caso dei dipendenti di una pescheria operanti all'interno dei locali di un supermercato sulla base di un contratto commerciale non configurabile in termini di appalto.

Richiamandosi espressamente alla sentenza della Corte costituzionale n. 254/2017, la Cassazione ha escluso che potesse assumere rilevanza la semplice impossibilità di qualificare il contratto commerciale come appalto, dovendosi al contrario valutare se lo strumento negoziale fosse stato impiegato come “un meccanismo di decentramento e di dissociazione fra la titolarità del contratto di lavoro e l'utilizzazione della prestazione lavorativa”. Raggiungendo in questa prospettiva, la Suprema Corte ha rilevato che “un ruolo importante nella verifica da svolgere riveste la individuazione dell'interesse economico concreto, di una parte contrattuale rispetto all'altra, sotteso alla realizzata operazione di decentramento produttivo e di dissociazione tra la titolarità del contratto di lavoro e l'utilizzazione della prestazione lavorativa: interesse da valutarsi avendo riguardo ad una eventuale sussistenza di una situazione di «dipendenza economica» e di assunzione di un maggior «rischio di impresa», nel senso che deve essere accertato se lo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti sia eccessivo essendo il contraente che lo subisce privo di valide scelte alternative economiche sul mercato”.

Esula dall'oggetto specifico di queste note una riflessione critica su tale orientamento, che finisce per estendere ulteriormente l'ambito di applicazione della responsabilità solidale, aprendo la possibilità di dare rilevanza a non meglio precisate condizioni di dipendenza economica, così dando ingresso ad un elemento che, ancora una volta, non è considerato dall'ordinamento e non risponde ad una fattispecie astratta codificata.

Ai limitati fini delle osservazioni svolte in queste pagine, merita di essere

³³ In corso di pubblicazione in *RIDL*, 2025, I, con nota di ROSSILLI, *La responsabilità solidale nelle operazioni di decentramento e dissociazione: opera solo in presenza di un interesse economico concreto*.

evidenziato come le argomentazioni spese dalla Corte costituzionale e dalla Cassazione potrebbero aprire la strada ad un'estensione in via analogica, oltre i confini dell'appalto, anche della regola che impone la parametrizzazione del trattamento dovuto ai dipendenti sulla base delle previsioni del contratto collettivo *leader*.

Ed invero, al pari di quanto argomentato per la responsabilità solidale, si potrebbe rilevare come l'obiettivo di evitare che i meccanismi di decentramento produttivo operino a danno dei lavoratori costituisca la *ratio* alla base anche del nuovo co. 1 *bis* dell'art. 29 d.lgs. 276/2003.

Sicché, in conclusione, l'ambito di applicazione del co. 1 *bis* dovrebbe ritenersi coincidente con quello entro il quale è destinato ad operare la responsabilità solidale di cui al co. 2 del medesimo articolo.

Abstract

Il mercato degli appalti è sempre più caratterizzato dal fenomeno della proliferazione dei contratti collettivi. Un aspetto sul quale il legislatore è intervenuto attraverso il nuovo co. 1 *bis* dell'art. 29, d.lgs. 276/2003, con il quale si è tentato di contenere gli effetti negativi per i lavoratori coinvolti. Il saggio esamina i problemi interpretativi e le difficoltà applicative che contraddistinguono la nuova disposizione.

The essay analyzes the new art. 29, co. 1 *bis*, d.lgs. 276/2003, with the aim of highlighting problems of interpretation, exacerbated by the phenomenon of proliferation of collective agreements.

Keywords

Appalti privati, Concorrenza, Contratto collettivo leader, Contratto collettivo equivalente.

Private procurement contract, Competition, Leading collective agreement, Equivalent collective agreement.

