

Ar2

Marta Giaconi

**L'impiego strategico degli appalti pubblici
alla luce del d.lgs. 50/2016**

Le finalità sociali





Aracne editrice

www.aracneeditrice.it
info@aracneeditrice.it

Copyright © MMXVIII
Gioacchino Onorati editore S.r.l. – unipersonale

www.gioacchinoonoratieditore.it
info@gioacchinoonoratieditore.it

via Vittorio Veneto, 20
00020 Canterano (RM)
(06) 45551463

ISBN 978-88-255-2059-0

*I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica,
di riproduzione e di adattamento anche parziale,
con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.*

*Non sono assolutamente consentite le fotocopie
senza il permesso scritto dell'Editore.*

I edizione: dicembre 2018

Indice

7 Capitolo I

Dal mercato interno degli appalti pubblici al c.d. toolbox approach

1.1. Premessa, 7 – 1.2. Il riconoscimento normativo dell'uso strategico degli appalti pubblici, 19 – 1.3. Un primo sguardo alla direttiva. I considerando e la permanenza di un vincolo di conformità al diritto dell'Unione Europea, 23 – 1.4. I principi europei per l'aggiudicazione degli appalti, 27 – 1.5. Selezione dei partecipanti e aggiudicazione degli appalti, 36 – 1.6. La fase di aggiudicazione dell'appalto, 38 – 1.7. Le condizioni di esecuzione dell'appalto, 39 – 1.8. 8. La giurisprudenza della Corte di Giustizia, 40.

51 Capitolo II

Le clausole sociali nel nuovo Codice appalti. Tra buoni propositi ed ostacoli applicativi

2.1. Premesse, 51 – 2.2. Il nuovo Codice appalti, 62 – 2.3. L'art. 30 co. 4 del d.lgs. 50/2016, portata e limiti della rinnovata clausola di equo trattamento, 69 – 2.4. È, dunque, legittima l'imposizione di un determinato CCNL da parte della stazione appaltante?, 83 – 2.5. L'art. 50 del d.lgs. 50/2016, contenuto e limiti dell'obbligo di assorbimento, 92 – 2.6. L'interpretazione giurisprudenziale della clausola di stabilità occupazionale, 96 – 2.7. Clausole sociali e dialogo con l'art. 41 Cost, 106 – 2.8. Clausole di riassorbimento e trasferimento d'azienda. Regole diverse per una ratio comune, 112 – 2.9. Le clausole negoziali di stabilità occupazionale, 117 – 2.10. Le conseguenze dell'inadempimento della clausola di successione, 128 – 2.11. L'incidenza del costo del lavoro sull'offerta di gara, 131 – 2.12. Lo scetticismo dei garanti e le iniziative degli enti locali, 139 – 2.13. Iniziative normative e negoziali a livello locale, 143.

151 Capitolo III

Gli appalti riservati

3.1. Gli appalti riservati alla luce della nuova direttiva, 151 – 3.2. L'ordinamento interno e territoriale, 156 – 3.3. Appalti riservati, cooperative sociali e terzo settore, 160 – 3.4. Cooperative e dumping sociale, 165.

173 **Capitolo IV**

Brevi cenni alle teorie economiche della regolazione e alla loro applicabilità nel diritto degli appalti pubblici strategici

4.1. Le teorie economiche della regolazione, 173 – 4.2. Social regulation ed esternalità negative (il dumping sociale), 179 – 4.2.1. *Why is (social) regulation needed? Le ragioni e il fondamento di un intervento*, 182 – 4.3. Diritti sociali e mercato, 190 – 4.4. Qualcosa è cambiato a Lussemburgo, 207.

215 **Conclusioni**

225 **Bibliografia**

Dal mercato interno degli appalti pubblici al c.d. toolbox approach

SOMMARIO: 1.1. Premessa, 7 – 1.2. Il riconoscimento normativo dell'uso strategico degli appalti pubblici, 19 – 1.3. Un primo sguardo alla direttiva. I considerando e la permanenza di un vincolo di conformità al diritto dell'Unione Europea, 23 – 1.4. I principi europei per l'aggiudicazione degli appalti, 27 – 1.5. Selezione dei partecipanti e aggiudicazione degli appalti, 36 – 1.6. La fase di aggiudicazione dell'appalto, 38 – 1.7. Le condizioni di esecuzione dell'appalto, 39 – 1.8. 8. La giurisprudenza della Corte di Giustizia, 40.

1.1. Premessa

L'originaria disciplina in materia di appalti pubblici nasce come tassello fondamentale del progetto di costruzione di un mercato interno all'Unione Europea¹. Tale premessa metodologica sortiva i propri effetti sul contenuto della direttiva del 1971 che all'art.1 si preoccupava innanzi tutto di vietare ogni restrizione al diritto di accedere, aggiudicarsi, partecipare ed eseguire appalti pubblici. I principi di trasparenza e non discriminazione e pubblicità della gara, strumentali a loro volta a proteggere la libertà di circolazione di servizi e merci, oltre che di stabilimento, erano le basi sulle quali era costruito l'originario impianto normativo in materia di appalti pubblici. In tale contesto l'eventuale integrazione di clausole sociali nell'ambito della procedura non avrebbe potuto che essere concepita come espressione

1. CFR HETTNE J., *Sustainable public procurement and the single market, is there a conflict of interest?*, *EPPPL*, 1/2013, p. 31.

di una condotta meramente protezionistica, lesiva quindi delle libertà cardine dell'Unione e quindi della sua missione².

Il rigido atteggiamento della Commissione era condiviso dalla Corte di Giustizia. Come si vedrà, il timore dei Giudici di Lussemburgo, per vero non ancora superato, era che, ricorrendo alla loro discrezionalità nella stesura di bandi e documenti di gara, le stazioni appaltanti nei fatti privilegiassero gli operatori locali violando il divieto di discriminazione e, prima ancora, ostacolando la realizzazione del progetto di mercato interno degli appalti pubblici.

Paradossalmente le prime considerazioni ad aver indotto le istituzioni europee a mutare il loro avviso nei confronti di un impiego c.d. strategico e dinamico degli appalti pubblici, che andasse quindi al di là della mera garanzia di efficienza della procedura e non discriminazione tra i concorrenti, non hanno carattere sociale bensì ambientale. Tale circostanza, espressione di una opinabile scala valoriale, può essere giustificata dalla circostanza che sia senz'altro più agevole trovare un punto di incontro intorno a regole tecniche legate, ad esempio, agli agenti inquinanti tollerabili piuttosto che alle condizioni normative ed economiche applicabili al personale adibito negli appalti.

È nella seconda metà degli anni Novanta che le politiche ambientaliste hanno iniziato ad incidere sulla disciplina degli appalti pubblici che diventano, quindi, l'occasione per attenuare l'impatto ambientale delle attività produttive³ esternalizzate dalle amministrazioni. Sorge, quindi, il dibattito intorno ai *green public procurement* cui, solo in un secondo momento, segue quello sui *sustainable public procurement* (SPP), da intendersi come comprensivo di tutte quelle forme di appalto in grado di perseguire e tutelare istanze sociali in senso lato intese⁴.

Così concepito, il paradigma dell'appalto socialmente compatibile può essere considerato «an umbrella of issues including health and safety at work, international, labour standards, the fight against illegal

2. Cfr *Completing the Internal market: white paper from the commission to the European Council*, COM (85) 310.

3. A questo riguardo si vedano le note sentenze della CGUE *Concordia Bus Finland* (C-513/99) e *EVN and Wienstrom* (C-448/01), nonché, dal punto di vista degli atti di sot law, il settimo Environmental Action Plan e la Europe 2020 Strategy.

4. Sull'implementazione dei *green public procurement* (c.d. GPP) si veda EVANS, NUTTALL, MOUAT, EWING, *Assessment and comparison of national green and sustainable public procurement criteria and underlying schemes. Final report to the European Commission*, DG Environment, European Commission, 2010.

*and child labour and the ethical procurement of raw materials*⁵.» I due modelli menzionati, GPP e SPP, che oggi convergono in una più ampia definizione di appalto strategico, alludono ad un comune paradigma di sostenibilità che, pur essendo ancora oggi privo di una definizione certa, viene evocato sistematicamente dalle istituzioni europee come da quelle nazionali, essendo stato, come si vedrà, metabolizzato nei trattati. Esso esprime un concetto sorto negli anni Settanta, prima di tutto quale riflessione sugli effetti ambientali e climatici derivanti dal moderno sviluppo economico e, poi, formalizzato per la prima volta nel noto Rapporto Brundtland⁶. Sin da un'interpretazione letterale dell'aggettivo "sostenibile" si percepisce l'allusione ad un evento futuro quindi alla possibilità che il soddisfacimento delle esigenze delle generazioni presenti venga conciliato e non comprometta quello delle generazioni future. Ebbene, ove adattata alla disciplina degli appalti pubblici, la sostenibilità equivale all'attenzione riservata da parte delle stazioni appaltanti — in varie modalità tradotta — nei confronti delle implicazioni sociali ed ambientali delle scelte di outsourcing intraprese dallo Stato committente, ad ogni livello.

Un primo, seppur ridotto, spazio all'integrazione di considerazioni meta economiche o meglio meta contrattuali nell'ambito della documentazione di gara è stato ammesso con la direttiva 2004/18 che, tuttavia, ne limitava lo spazio — essendo inseribili nelle sole condizioni contrattuali di esecuzione — e ne condizionava il contenuto al rispetto del vincolo di compatibilità con il diritto europeo. Si leggeva al primo considerando della direttiva citata che

this Directive is based on Court of Justice case-law, in particular case-law on award criteria, which clarifies the possibilities for the contracting authorities to meet the needs of the public concerned, including in the environmental and/or social area, provided that such criteria are linked to the subject-matter of the contract, do not confer an unrestricted freedom of choice on the contracting authority, are expressly mentioned and comply

5. DE FRANCESCHI, VIDAL, *Guide on socially responsible procurement of building constructions works*, ICLEI—Local Governments for sustainability, 2007.

6. Per una prima completa definizione di sviluppo sostenibile si rinvia al noto *Rapporto Brundtland. Our common Future*, Oxford University Press, 1987, pubblicato in seguito alla risoluzione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite del 1983. Per una recente ricostruzione del concetto di sviluppo sostenibile ed una sua implementazione nel diritto del lavoro attuale si veda CAGNIN, *Diritto del lavoro e sviluppo sostenibile*, Cedam 2018.

with the fundamental principles mentioned in recital 2.

I confini europei venivano espressamente menzionati ed erano rappresentati dai principi del Trattato tra cui la libertà di circolazione dei beni, di stabilimento, di prestare servizi e dai conseguenti principi di eguale trattamento, non discriminazione, mutuo riconoscimento, proporzionalità e trasparenza. Questo, timido riferimento costituisce quindi la prima apertura alle c.d. politiche orizzontali o secondarie⁷ della disciplina degli appalti pubblici.

Con il mutamento del quadro dei trattati, ossia con la sottoscrizione del Trattato di Lisbona e in particolare mediante il nuovo art. 3 che eleva ad obiettivi dell'Unione, al pari della costruzione di un mercato interno, lo sviluppo sostenibile, un'economia sociale di mercato altamente competitiva (a sua volta finalizzata all'occupazione ed al progresso sociale) gli interessi sociali sono stati liberati dalla loro subalternità rispetto agli obiettivi economici dell'Unione⁸ offrendo le basi per i nuovi obiettivi della direttiva appalti del 2014. Si rammenta che anche a questo proposito, ossia con riguardo al reale impatto innovativo del trattato di Lisbona, non mancano tesi scettiche secondo le quali l'equilibrio tra ordine economico e sociale nei fatti non è mutato, neppure successivamente al 2009⁹, poiché le politiche sociali individuate non sarebbero state corredate da adeguati strumenti

7. Per l'evoluzione degli obiettivi della disciplina degli appalti nel susseguirsi delle direttive si veda COMBA M., *Variations of the scope of the new EU Public procurement directives of 2014: efficiency in public spending and a major role of the approximation of laws*, in LICHÈRE F., CARANTA R., TREUMER S., *Modernising public procurement: the new directive*, Djof publishing, 2014.

8. Cfr le conclusioni dell'avvocato generale nel procedimento C-515/2008 *Santos Palhota* par.51.

9. Per la sintesi delle due posizioni e sulla individuazione di quello che sarebbe il reale rapporto si veda CRAIG P., *The Lisbon Treaty, Law Politics, and Treaty reform*, OXFORD UNIV. PRESS, 2010, pg. 315 e ss. Secondo l'A. «The true balance between the economic and the social at any stage of the Community's existence can be divined in part by persual of changes to the primary Treaty articles. Three other factors have always been crucial in this respest and will remain so in the post-Lisbon world. The nature and the content of EU legislation made pursuant to these powers, their interpretation by the Union courts, and the priority accorded to different aspects of union policy by the key institutional players will continue to shape the reality of the divide between the economic and the social as it has done in the past.». Secondo l'A., infine, i due ambiti non potranno comunque mai essere considerati separatamente l'uno dall'altro ed il bilanciamento tra i due profili ha ed avrà sempre natura eminentemente politica.

che ne garantiscano l'effettività¹⁰. Il principio espresso all'art. 3 viene poi sviluppato agli artt. 8, 9¹¹ e 11 del TFUE a loro volta ispiratori, ai sensi dell'art. 7, di tutte le politiche sociali successivamente avviate dall'Unione.

Suggerimenti concreti su come questa rivalutazione degli interessi sociali potesse concretamente avvenire nell'ambito degli appalti pubblici sono stati formulati dalla stessa Commissione poco dopo la firma del Trattato di Lisbona, ossia con la guida *Buying social a guide to taking account of social consideration in public procurement*¹². Pur essendo stata elaborata sotto la vigenza della direttiva appalti del 2004, la guida risente molto dell'entusiasmo indotto dalla sottoscrizione del Trattato di Lisbona ed ha, quindi, il pregio di valorizzare il nesso tra mercato degli appalti pubblici e modello sociale europeo.

Ciò detto, i suggerimenti indicati nella *Buying social* scontano, inevitabilmente, la scarsa (od assente) vincolatività della loro fonte (un atto di soft law) e la genericità delle affermazioni, derivante dalla necessità di ispirare ordinamenti diversi ma anche settori diversi. Più che per individuare schemi di *social consideration*, concretamente uti-

10. Si vedano in proposito le considerazioni di Luis JIMENA QUESADA, *Social rights in the case-law of the Court of Justice of the European Union: the opening to the Turin Process, relazione alla Conference on Social rights in today's Europe: The role of domestic and European Courts Nicosia, 24 February 2017*, in www.coe.int. «Nevertheless, those treaties left a partial vacuum in terms of social policy because goals were not matched with effective instruments and this deficit is not totally corrected yet. Indeed, in spite of the explicit distribution of competences between the EU and Member States through the Lisbon Treaty, it is true that a certain degree of ambiguity still appears when facing the concrete delimitation between European and National parameters to achieve the transversal social policy, insofar as the distinction between objective, competence and other related notions remains complex. Furthermore, the entry into force of the Lisbon Treaty took place in the context of the economic crisis, what has even weakened those social policy instruments».

11. Per quanto possa essere utile si richiamano i seguenti articoli: «Art. 8 In all its activities, the Union shall aim to eliminate inequalities, and to promote equality, between men and women. Art. 9 In defining and implementing its policies and activities, the Union shall take into account requirements linked to the promotion of a high level of employment, the guarantee of adequate social protection, the fight against social exclusion, and a high level of education, training and protection of human health. Art. 11 Environmental protection requirements must be integrated into the definition and implementation of the Union's policies and activities, in particular with a view to promoting sustainable development».

12. Reperibile sul sito della Commissione Europea secondo la quale, tra l'altro, il documento citato si rivela ancora attuale laddove contiene indicazioni normative e pratiche nonché buone prassi nazionali meritevoli di essere condivise. (cfr *Commissione, Strategic Public procurement: facilitating green, inclusive and innovative growth*, EPPPL, 3/2017.

lizzabili dalle stazioni appaltanti, il documento si rivela, quindi, utile a chiarire un possibile spettro delle missioni perseguibili attraverso le stesse *consideration*; spettro che risulta decisamente più ampio di quanto non fosse evincibile dal testo della direttiva 2004. Si va dalla promozione di opportunità di lavoro, per esempio di lavoro giovanile, di gender balance (ad esempio *work/life balance, fighting against sectoral and occupational segregation, etc.*), alla più tradizionale promozione del lavoro per disoccupati di lungo periodo e lavoratori “anziani” e categorie svantaggiate. (e.g. migrant workers, ethnic minorities, religious minorities, people with low educational attainment, etc.). Si inizia a comprendere quindi quanto era già stato intuito a livello nazionale, ossia che i social public procurement (SPP) possono essere utili strumenti di politiche del lavoro ed occupazionali e, quindi, di ottimizzazione delle risorse.

Nel giro di dieci anni si passa, quindi, dal considerare l'appalto come una sterile procedura amministrativa al ritenerlo un essenziale strumento di realizzazione della c.d. *Decent work agenda*¹³ che, attraverso le specifiche tecniche, potrebbe garantire il rispetto dei *core labour standard*, un trattamento economico dignitoso, la protezione di salute e sicurezza, il costruttivo espletamento del dialogo sociale, l'accesso alla formazione, il rispetto di eguaglianza e non discriminazione ma anche l'accesso alla sicurezza sociale, sia laddove dette garanzie siano previste dalla legge nazionale sia dalla contrattazione collettiva¹⁴.

Lungi dal pregiudicare l'economia europea, l'adozione di un siffatto modello di appalto sortisce del resto benefici per tutti i soggetti

13. I cui principali temi sono rappresentati dai seguenti «freely chosen work, fundamental principles and rights at work, employment providing a decent income and social protection and social dialogue. Gender equality and non-discrimination».

14. Nel citato atto “buying social” la Commissione individua un ampio ventaglio di suggerimenti. In particolare, dal più tradizionale impiego di minoranze, di supporto di persone con disabilità anche attraverso cooperative, imprese sociali ed ong sino al c.d. “accessibility and design for all”, che contempla: previsioni obbligatorie in materia di specifiche tecniche che assicurino l'accesso alle persone con disabilità ai servizi pubblici appaltati e agli ICT goods and services. L'obiettivo di tali previsioni è l'acquisto di beni e servizi che siano accessibili a tutti; la valorizzazione del c.d. “ethical trade” ossia la possibilità che, ad alcune condizioni, possano essere considerate istanze di commercio etico, nell'ambito delle specificazioni dell'offerta e delle condizioni contrattuali; il tentativo di ottenere un'adesione volontaria più ampia verso la “Corporate Social Responsibility” (CSR). In tal modo le imprese che interagiscono con i committenti pubblici, volontariamente andranno al di là del contratto per perseguire gli obiettivi ambientali e sociali.

coinvolti, non solo per l'immediato destinatario, il lavoratore, ma anche per la stazione appaltante, le cui risorse destinate a politiche sociali sono sempre più contenute, per gli interlocutori privati, come dimostra anche la più recente Agenda 2030¹⁵, ed, infine, per gli utenti finali vista l'indiscussa inscindibilità esistente tra qualità del lavoro e qualità del servizio od opera prestati.

Con riferimento agli stakeholders privati il vantaggio potrebbe sembrare meno evidente ma è innegabile. Non solo per le ragioni già note per cui le *social consideration* contribuiscono a limitare il gioco concorrenziale a quanti sono disposti a rispettarne le regole, impedendo — fuor di metafora — che alcuni operatori alterino la concorrenza¹⁶ tentando di prevalere sui *competitor* attraverso l'abbattimento dei costi legati ad ambiente e lavoro e non per meriti e competenze.

Da un altro lato perché, più in generale, la tendenza delle amministrazioni, e prima ancora del legislatore, è di creare sempre più frequenti occasioni di dialogo tra partner pubblici e privati "qualificati" (in questo senso procede anche l'Agenda 2030) ad esito delle quali gli stakeholders privati sono chiamati a svolgere un ruolo da protagonisti nel percorso verso l'inclusione sociale ed economica perseguito sì dall'Unione ma, nel rispetto del principio di sussidiarietà, da tutti gli attori pubblici entro i confini delle loro competenze¹⁷. Successivamente alla *Buying Social* anche il Parlamento Europeo ha ritenuto maturo il tempo per intervenire, invitando peraltro la Commissione ad incoraggiare governi e stazioni appaltanti ad incrementare l'impiego di appalti pubblici sostenibili¹⁸, in ragione della necessità di rafforzarne la diffusione attraverso l'integrazione della dimensione della sostenibi-

15. Sul nesso tra appalti pubblici e la Agenda 2030 (*Transforming our world: the 2030 Agenda for a sustainable development*) si veda ZAPATRINA I., *Sustainable Development Goals for developing economies and public-private partnership*, EPPPL, 1/2016.

16. Si vedano anche WIXFORTH S, KAMMER A., CREMERS V.J., September 2015, *Social considerations in Public Procurement. A political choice!*, Werner Buelen, EFBWW. «The stipulation of the obligation to respect social aspects is not only in the interest of trade unions but also in the interest of companies which abide by these obligations. Public procurement law thus is an instrument to establish a fair level playing field in order to avoid distortion of competition; the fight of social dumping is also a political aim in order to reduce the post contract costs borne by society as a whole».

17. PPP is the best instrument for providing socially inclusive development which is one of the key elements of sustainable growth.

18. Cfr *European Parliament resolution of 25 October 2011 on the modernisation of public procurement* par. 14.

lità in ogni fase della procedura, dalla programmazione degli appalti, all'esecuzione dei contratti.

Per completezza va detto che l'impiego c.d. strategico degli appalti pubblici, che pure ha negli anni ottenuto crescente successo, non suscita solo commenti positivi. Accanto ad autori che invocano un uso strategico proprio in ragione della *regulatory function* che, affiancandosi alla *purchasing function*, offre un meccanismo per raggiungere standard sociali che i tradizionali sistemi di legislazione non riescono ad assicurare¹⁹, esistono anche voci dissonanti. Le tesi neoliberali, infatti, insistono nel considerare la procedura ad evidenza pubblica come diretta al mero obiettivo di assicurare efficienza, ossia garantire risultati quanto più vicino possibili al mercato privato. Laddove venissero investiti di altre missioni attraverso clausole di protezione sociale, gli appalti si tradurrebbero nei fatti in una *regulation by contract* che, come le altre forme di *regulation*, è per natura coercitiva ed inefficiente²⁰. Accanto a tali obiezioni "di principio" sono state anche avanzate critiche di merito derivanti dall'analisi del nuovo provvedimento normativo. Ad esito della riforma del 2014, infatti, la materia degli appalti pubblici — lungi dall'essere stata semplificata — sarebbe diventata assai più complessa, soprattutto con riferimento al perseguimento delle politiche orizzontali che, come si vedrà, non solo esigono una preparazione tecnica superiore da parte delle stazioni appaltanti ma rischieranno di conservare l'attuale livello di conflittualità del settore, se non addirittura di incrementarlo²¹, con effetti — va da sé — sul servizio appaltato e sulla collettività.

La rivalutazione dell'appalto pubblico come utile mezzo di protezione del lavoro ma anche di valorizzazione della buona imprenditoria si inserisce in un più ampio movimento di matrice europea che nel

19. ARROWSMITH, KUNZLIK, *Public procurement and horizontal policies in EC law: general principles*, in *Social and environmental policies in EC Procurement law. New directives and new directions*, (cup 2009); MCCRUDDEN, *Using public procurement to achieve social outcomes*, *Natural resources Forum* 28, 2004, p.257.

20. Tesi sintetizzate in KUNZLIK P. "Neoliberalism and the eu public procurement" CYELS, 283; CLARKE P. JAKOB C., *The 2014 public procurement package. One step forward and two back for green and social procurement*; MARIQUE Y. and WAUTERS K., *Eu directive 2014/24 on public procurement — a new turn for competition in public markets?*, Brussels Larcier 2016.

21. GRAELLS A.S., *Exclusion, qualitative selection and short-listing in the new public sector procurement directive 2014/24*, cfr p. 127 e 128, in LICHÈRE F., CARANTA R., TREUMER S., *Modernising public procurement: the new directive*, Djof publishing, 2014.

2011 ha condotto alla stesura della proposta di direttiva²² poi finalizzata nel 2014. La proposta di direttiva, COM (2011) 896²³, si dichiarava, invece, fondata su “un approccio attivo” che fornisce alle amministrazioni aggiudicatrici gli strumenti necessari per contribuire a raggiungere gli obiettivi della strategia Europa 2020, «attraverso l’utilizzo del loro potere d’acquisto per ottenere merci e servizi che promuovano l’innovazione, rispettino l’ambiente e contrastino il cambiamento climatico, migliorando l’occupazione, la salute pubblica e le condizioni sociali». Così facendo, il legislatore europeo accoglieva anche il monito formulato dal Committee of experts dell’ILO nell’ambito del *General Survey concerning the Labour Clauses (Public Contracts) Convention, 1949 (No. 94) and Recommendation (No. 84)*) del 2008²⁴ diretto a verificare, per l’appunto, il livello di implementazione della Convenzione ILO 1949(94). Il report si conclude, infatti, proprio sottolineando la necessità di un ritorno al contenuto della Convenzione, sì da contrastare il convincimento, diffuso in molti ordinamenti, secondo il quale ad un sistema moderno di aggiudicazione di appalti pubblici, volto al perseguimento

22. Sulla cui portata tuttavia sono stati avanzati anche dubbi, da chi ad esempio l’ha ritenuta un’occasione mancata soprattutto a fronte dell’importanza che gli appalti pubblici assumono nell’attuale contesto economico quale possibile stimolo alla crescita economica. VAN DEN ABEELE *The reform of the EU’s public procurement directives: a missed opportunity?*, www.etui.org, WP. 2012.II.

23. A sua volta ispirata alla realizzazione della strategia Europa 2020 per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva [COM(2010) 2020] che è basata su tre priorità tra loro connesse: sviluppare un’economia basata sulla conoscenza e sull’innovazione, promuovere un’economia efficiente e competitiva sotto il profilo delle risorse a basse emissioni di carbonio nonché incoraggiare un’economia con un alto tasso di occupazione che favorisca la coesione sociale e territoriale. Coerentemente con la strategia Europa 2020 la proposta di direttiva si pone quale obiettivo quello di «Far sì che i committenti facciano un miglior uso degli appalti pubblici a sostegno di obiettivi sociali comuni quali la tutela dell’ambiente, una maggiore efficienza energetica e sotto il profilo delle risorse, la lotta contro i cambiamenti climatici, la promozione dell’innovazione e dell’inclusione sociale e infine la garanzia delle migliori condizioni possibili per la fornitura di servizi pubblici di elevata qualità.»

24. BRUUN, JACOBS, SCHMIDT, *La convenzione 94 dell’ILO alla luce del caso Ruffert*, *Riv.giur.lav.* 2009, p. 649. Riportando la ricerca del Committee gli Autori sottolineano come ad esito di tale valutazione comparata possa riscontrarsi una mancanza di interesse nei confronti della Convenzione ILO 49/58. Le politiche di appalti pubblici descritte dagli autori, infatti, promuovono la competizione a tutti i costi tra i potenziali contraenti così contraddicendo l’obiettivo della convenzione, che era far sì che tutti i concorrenti rispettino le migliori condizioni di lavoro stabilite localmente. Rileva il Committee che ad esser superata è la concezione di ente pubblico come particolare datore di lavoro tenuto ad offrire condizioni più vantaggiose ai lavoratori indirettamente retribuiti grazie all’impiego di fondi pubblici.

di obiettivi di carattere social,e debbano essere invece privilegiate «policies which seek best value for money in an environment of fair competition»²⁵Ed ancora, contrariamente alla sottovalutazione ed allo scarso utilizzo che della Convenzione è stato fatto, il Comitato ritiene che la Convenzione possa costituire il riferimento e lo schema per l'integrazione di criteri negli appalti pubblici.

Anche nel testo della proposta di direttiva del 2011 il perseguimento di fini sociali era comunque oggetto di temperamenti in ragione del necessario adeguamento con il contesto europeo e con l'interpretazione accolta dalla Corte di Giustizia in ordine alla valutazione di aspetti sociali in sede di aggiudicazione²⁶.

25. Attualmente gli investimenti pubblici tramite appalti rappresentano gran parte dell'economia formale sia dei paesi sviluppati sia di quelli in via di sviluppo. Il rischio è comunque lo stesso, ossia che «the winning tender may well be the one which pays the lowest wages, fails to provide safety equipment or coverage for accidents, and which has the largest proportion of informal workers, for whom no tax or social security is paid, and who are not covered in practice by any legal or social protection». L'internazionalizzazione del mercato alimenta il rischio che i costi del lavoro vengano ridotti proprio per sopravvivere alla concorrenza. Ration per cui, osserva il comitato, le osservazioni contenute nella Convenzione ILO sono ancora più valide «taking also into account modern public authorities' outsourcing of public and support services via contract, and financial investment in public-private partnerships which provide today the types of public goods and services provided in the past through public contracting». Nonostante il Comitato sia consapevole che diffuso è il convincimento secondo il quale gli appalti pubblici non devono esser impiegati per il perseguimento di fini sociali poiché a tal fine sarebbero sufficienti i soli mezzi offerti a livello normativo di rafforzamento della tutela, osserva che tale scelta di politica del diritto non sia spesso sufficiente ad incrementare le condizioni di vita e lavoro visto anche il riscontrato indebolimento della capacità negoziale delle organizzazioni sindacali. Ration per cui il Comitato «considers that labour clauses that actually set as minimum standards the most advantageous conditions where the work is being done, consistent with the notion of the State as a model employer, continue to be a valid means of ensuring fair wages and conditions of work». Di tal ché sottolinea il Committee sarebbe opportuno rielaborare la Convenzione 94 attualizzandola a fenomeni come «the increasing role of public-private partnerships; the emergence of new actors, including professional bodeis; the absence of specific binding national legal provisions concerning labour conditions in the execution of public contracts and the lack of effective enforcement measures».

26. Ci si riferisce, oltre al già richiamato caso Ruffert anche alla prima delle sentenze che hanno avuto ad oggetto l'inserimento di criteri di carattere sociale all'interno di bandi pubblici ossia alla sent. Corte di giustizia, 20 settembre 1988, C-31/87, Beentjes *vs* c. Stato dei Paesi Bassi. Vigente la precedente disciplina europea in materia di appalti pubblici la Corte afferma (p.19) spetti "alle amministrazioni aggiudicatrici la scelta dei criteri ch'esse intendono adottare per l'aggiudicazione dell'appalto, ma tale scelta può riguardare soltanto criteri volti ad individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa. Soltanto in via eccezionale, infatti, il n. 4 dello stesso articolo ammette che l'aggiudicazione

Si legge, invero, al considerando 41 della proposta²⁷

per una migliore integrazione delle considerazioni di tipo sociale negli appalti pubblici, ai committenti dovrebbe essere consentito di inserire — nel criterio di aggiudicazione dell’offerta economicamente più vantaggiosa — alcune caratteristiche relative alle condizioni di lavoro del personale direttamente coinvolto nel processo di produzione o di prestazione in questione.

La previsione proseguiva chiarendo che le caratteristiche inseribili potevano riferirsi unicamente alla tutela della salute del personale direttamente coinvolto nei processi produttivi o alla promozione dell’integrazione di persone vulnerabili nel personale incaricato dell’esecuzione del contratto.

Ed ancora, stando al testo della proposta, poi confermato nel testo definitivo al considerando n. 37, i criteri sociali avrebbero dovuto comunque essere applicati conformemente alla direttiva 96/71/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 1996, relativa

possa essere fondata su criteri di diversa natura «in base ad una regolamentazione intesa a far beneficiare taluni offerenti di una preferenza a titolo di aiuto [...] a condizione che la regolamentazione in parola sia compatibile con il trattato ed in particolare con l’ art. 29 e seguenti». [...] Infine, per realizzare la finalità della direttiva consistente nel garantire lo sviluppo di una concorrenza effettiva nel settore degli appalti di lavori pubblici, i criteri e le condizioni che si applicano a ciascuna gara devono costituire oggetto di un’ adeguata pubblicità da parte delle amministrazioni aggiudicatrici“. Più precisamente in relazione al criterio recante l’esclusione di un offerente dalla gara per il fatto ch’ esso non sia in grado di impiegare disoccupati stabili, «si deve constatare anzitutto che una siffatta condizione non ha alcun rapporto né con l’ accertamento dell’ idoneità degli imprenditori in base alla loro capacità economica, finanziaria e tecnica, né con i criteri di aggiudicazione dell’ appalto di cui all’ art. 29 della direttiva».[...] Per essere compatibile con la direttiva, una condizione del genere deve rispettare tutte le pertinenti disposizioni del diritto comunitario ed in particolare i divieti connessi ai principi sanciti dal trattato in materia di diritto di stabilimento e di libera prestazione dei servizi. «La condizione relativa all’ impiego di disoccupati stabili potrebbe, in particolare, violare il divieto di discriminazione fondata sulla nazionalità sancito dall’ art. 7, n. 2, del trattato, qualora risultasse che una condizione del genere può essere soddisfatta soltanto dagli offerenti dello Stato in questione o può essere più difficilmente soddisfatta da offerenti di altri Stati membri. Spetta al giudice nazionale accertare, tenuto conto di tutte le circostanze del caso di specie, se l’ imposizione di una siffatta condizione abbia o meno, direttamente o indirettamente, effetti discriminatori».

27. Secondo il quale specifiche tecniche e nei criteri di aggiudicazione, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero poter fare riferimento a uno specifico processo di produzione, a una specifica modalità di prestazione di servizi, o a un processo specifico per ogni altra fase del ciclo di vita di un prodotto o di un servizio, purché essi siano connessi all’ oggetto dell’ appalto pubblico in questione.

al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi ed in modo da non discriminare direttamente o indirettamente gli operatori economici di altri Stati membri o di paesi terzi che sono parti dell'Accordo o degli accordi sul libero scambio ai quali l'Unione aderisce²⁸.

A margine della proposta si poteva quindi legittimamente sostenere che la dimensione sociale, lungi dal rientrare nei criteri di aggiudicazione, aveva trovato un proprio spazio normativo solo all'interno di un considerando introduttivo. Il rilievo assegnato a considerazioni di carattere sociale veniva, inoltre, espressamente limitato alla sussistenza di un *nesso diretto* con il processo produttivo, alla sfera di salute e integrazione delle persone nonché alle caratteristiche che avessero effetti *immediati* per i lavoratori. Di tal ché «some “indirect” returns or repercussions, not connected with the subject-matter of the contract, cannot be included». Sulla scia di tali considerazioni erano stati manifestati dubbi sull'effettività della modifica poiché «the changes that the Commission has made are more symbolic than practical and do not appear to be enough to bring about new practices among contracting authorities»²⁹.

Nonostante le perplessità avanzate, già dalla proposta di direttiva era possibile percepire, tra le altre, l'intenzione delle istituzioni di proseguire nella cristallizzazione normativa di criteri di sostenibilità degli appalti pubblici, già avviata, seppure timidamente, con le direttive 2004/18 e 2004/17 rispettivamente agli artt. 25 e 37³⁰.

28. Nella proposta di direttiva il Parlamento e Consiglio chiariscono inoltre che «le condizioni di esecuzione di un appalto sono compatibili con la presente direttiva a condizione che non siano, direttamente o indirettamente, discriminatorie, collegate all'oggetto del contratto e siano indicate nel bando e nell'avviso di gara, nell'avviso di pre-informazione utilizzato come mezzo per indire la gara o nei documenti di gara». Per gli appalti di servizi e per gli appalti che comportano la progettazione di lavori, alle amministrazioni aggiudicatrici veniva permesso di utilizzare l'organizzazione, la qualifica e l'esperienza del personale incaricato di eseguire il contratto in questione come criteri di aggiudicazione, in quanto ciò avrebbe potuto incidere sulla qualità dell'esecuzione dell'appalto e, di conseguenza, sul valore economico dell'offerta.

29. VAN DEN ABBELE, *The reform of the EU's publicprocurement directives: a missed opportunity?*, www.etui.org, WP. 2012.II.

30. Sostiene CARANTA, "L'incerta sostenibilità" degli appalti pubblici, *Urbanistica e appalti*, 2012, II, 1123 che tali aspetti di rilievo sociale «vengono ora qualificati come obiettivo complementare au par con l'efficienza-concorrenza». Il fine delle modifiche proposte al quadro legislativo esistente è «far sì che i committenti facciano un miglior uso degli