

PARTE PRIMA
IL QUADRO NORMATIVO COMUNITARIO

APPALTI PUBBLICI E TUTELE SOCIALI: LA PROMOZIONE DELL'OCCUPAZIONE DEI SOGGETTI SVANTAGGIATI

Gabriella Leone

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'ammissibilità dei criteri sociali negli appalti pubblici: la sentenza *Beentjes* e la risposta della Commissione. – 3. Dal *Libro verde* sugli appalti al caso *Nord-Pas-de-Calais*. – 4. La comunicazione interpretativa della Commissione: il vantaggio economico per l'amministrazione aggiudicatrice. – 4.1. Criteri ambientali e aspetti sociali fra valutazione delle offerte e aggiudicazione dell'appalto. – 5. Il primo intervento del legislatore comunitario: i criteri sociali ... – 5.1. ... e gli appalti riservati. – 6. Il mutuo contesto comunitario. Le novità della direttiva del 2014 fra aggiudicazione ed esecuzione ... – 6.1. ... e sugli appalti riservati. L'apertura agli altri soggetti svantaggiati. – *Riferimenti bibliografici*.

1. *Premessa*

L'innesto delle politiche di inclusione sociale nella regolamentazione degli appalti pubblici è uno dei punti caratterizzanti l'evoluzione normativa di questo istituto, dapprima a livello comunitario e, successivamente, nella disciplina interna. Tale innesto, come è stato notato¹, si coglie nel bilanciamento tra regole della concorrenza e tutele sociali, che possono manifestarsi in modi differenti. Esse, infatti, possono riguardare l'applicazione da parte degli appaltatori dei trattamenti economici e normativi previsti dai contratti collettivi (cc.dd. clausole sociali), possono tradursi in strumenti di vera e propria promozione dell'occupazione di soggetti svantaggiati, oggetto di esame, ovvero riguardare il coinvolgimento del terzo settore, con affidamento diretto di alcuni servizi alle organizzazioni di volontariato.

2. *L'ammissibilità dei criteri sociali negli appalti pubblici: la sentenza Beentjes e la risposta della Commissione*

Le prime direttive in materia di appalti pubblici², anche per l'utilizzo di risorse pubbliche che essi presuppongono, ignoravano del tutto la possibilità che essi potessero essere anche uno strumento di promozione sociale³, rivelando, al contrario, una

¹ SCARPELLI, 2011, 309.

² Ci si riferisce qui alla dir. 71/305/CEE sugli appalti di lavoro, alla dir. 77/62/CEE sugli appalti di forniture e alla dir. 92/50/CEE sugli appalti di servizi.

³ SCARPELLI, 2011, 311.

esclusiva attenzione alla libera circolazione dei servizi e all'apertura della concorrenza non falsata in tutti gli Stati membri, considerato l'obiettivo principale perseguito dalle suddette norme comunitarie⁴.

Un diverso approccio si rinviene, viceversa, nella giurisprudenza della Corte di Giustizia che, come spesso accade nel diritto comunitario, elabora per prima principi che saranno poi ripresi dal legislatore sovranazionale.

Ci si riferisce qui alla nota sentenza *Beentjes*⁵, dal nome dell'impresa olandese che aveva citato in giudizio il Ministero dell'agricoltura e della pesca dei Paesi Bassi per essere stata esclusa da una gara avente ad oggetto un progetto di ricomposizione fondiaria, pur avendo presentato l'offerta più bassa, a vantaggio di un'impresa che aveva proposto il prezzo immediatamente superiore. Il fulcro della suddetta esclusione era incentrato, per quello che qui interessa, sulla specifica previsione del bando di gara in base alla quale la manodopera impiegata avrebbe dovuto essere costituita almeno per il 70% da disoccupati stabili, assunti tramite l'ufficio regionale del lavoro e sul fatto che la società ricorrente non era apparsa in grado di garantire il suddetto impiego.

L'autorità giudiziaria olandese sottoponeva alla Corte di Giustizia varie questioni interpretative, ma certamente il riferimento all'impiego di disoccupati stabili dava ai giudici di Lussemburgo l'opportunità di esprimersi sulla difficile conciliazione fra istanze di protezione sociale e appalti pubblici.

Innanzitutto, il giudice comunitario (pt. 28) rileva che una condizione come quella indicata, relativa all'assunzione stabile di disoccupati, non abbia alcun rapporto né con i criteri relativi all'accertamento dell'idoneità degli imprenditori (in base alla loro capacità economica, finanziaria e tecnica), né con i criteri di aggiudicazione dell'appalto (ovvero il prezzo più basso e l'offerta economicamente più vantaggiosa). Si tratterebbe, infatti, di una *condizione specifica supplementare* (pt. 36) che, per essere compatibile con la direttiva, «*deve rispettare tutte le pertinenti disposizioni del diritto comunitario e in particolare i divieti connessi con i principi sanciti dal Trattato in materia di diritto di stabilimento e di libera prestazione dei servizi*» (pt. 29), nonché «*tutte le norme procedurali della direttiva e in particolare delle disposizioni di questa in materia di pubblicità*» (pt. 31). Ne consegue che una previsione come quella in esame, sostanzialmente sarà compatibile con la direttiva solo se non produce effetti discriminatori, diretti o indiretti, nei confronti di offerenti provenienti da altri Stati membri e se viene adeguatamente pubblicizzata nel bando di gara.

Al di là della conclusione cui perviene la Corte, nelle pieghe del ragionamento sviluppato affiorano importanti puntualizzazioni. La prima attiene all'utilizzo del termine *criterio* – peraltro rinvenibile nella stessa direttiva rispettivamente agli artt. 20 e 29 – per riferirsi sia agli elementi su cui fondare l'accertamento dell'idoneità dell'imprenditore, sia alle opzioni per procedere all'aggiudicazione dell'appalto. Nel primo caso ci si riferisce alla verifica delle qualità dei candidati, mentre nel secondo caso alle due opzioni del prezzo più basso, laddove il criterio coincide con il mero dato econo-

⁴ CGCE, 9 giugno 2009, Causa C-480/06, *Commissione c. Repubblica federale di Germania*, pt. 47. Tutte le sentenze citate sono rinvenibili sul sito della Corte stessa.

⁵ CGCE, 20 settembre 1988, Causa C-31/87, *Gebroeders Beentjes BV c. Stato dei Paesi Bassi*.

mico “secco”, o dell’offerta economicamente più vantaggiosa, data dalla valutazione di più criteri variabili attinenti alla qualità del lavoro, cioè alle caratteristiche della prestazione da fornire o alle modalità della sua esecuzione. Viceversa, per riferirsi alla previsione dell’assunzione di disoccupati i giudici comunitari ricorrono al termine *condizione*, che evoca l’imposizione di vincoli da parte della stazione appaltante. Per dirla con le parole della direttiva del 2014, «a differenza dei criteri di aggiudicazione dell’appalto che costituiscono la base di una valutazione comparativa della qualità delle offerte, le condizioni di esecuzione dell’appalto sono requisiti oggettivi prestabiliti che non incidono sulla valutazione delle offerte» (considerando 104).

La seconda puntualizzazione attiene alla distinzione fra la fase dell’accertamento dell’idoneità degli imprenditori ad eseguire i lavori da dare in appalto e quella della aggiudicazione del contratto (pt. 15), nella quale si confrontano le offerte pervenute per scegliere quella migliore. Allorché la Corte precisa, allora, che la *condizione* in esame non ha alcun rapporto con i *criteri* sopra descritti, essa implicitamente esclude che possa operare nell’ambito delle due fasi ora richiamate e sembra collocarla, in assenza di altre esplicite indicazioni, in quella successiva relativa all’esecuzione dell’appalto.

Per la prima volta, dunque, la Corte di Giustizia, ammette la possibilità che nell’ambito degli appalti pubblici si tenga conto anche di aspetti sociali aprendo la via ad un’altra sentenza nell’ambito degli appalti di forniture nella quale si fa riferimento ad una condizione non prevista dalle direttive e non strettamente legata a parametri economici⁶. L’elemento significativo di questa decisione, nella quale i giudici comunitari lasciano alle amministrazioni aggiudicatrici la decisione sui criteri da prendere in considerazione per determinare l’offerta più vantaggiosa (pt. 44), purché sia oggetto di adeguata pubblicità, è l’utilizzo dell’espressione *attribuzione dell’appalto* (pt. 42) al posto di *aggiudicazione dell’appalto*: può trattarsi infatti dell’uso di un sinonimo ovvero può essere un primo riferimento all’ipotesi che la *condizione supplementare* sopra descritta possa intervenire prima della fase di esecuzione del contratto, ma successivamente alla individuazione, in senso stretto, dell’offerta più vantaggiosa.

Rispetto alle aperture, seppure in alcuni punti vaghe, manifestate dal giudice comunitario, la Commissione si mostra immediatamente molto più rigida sul tema: nella sua comunicazione relativa agli *Appalti pubblici. Aspetti regionali e sociali* [Com. 89(400) def. del 22 settembre 1989], infatti, dopo aver precisato che obiettivi di carattere sociale possono essere perseguiti dagli Stati e dalle autorità aggiudicatrici, nel

⁶CGCE, 28 maggio 1995, Causa C-324/93, *The Queen c. Secretary of State for Home department, ex parte Evans Medical Ltd e Macfarlan Smith Ltd*. La pronuncia della Corte ha avuto origine da una controversia, insorta tra le società Evans Medical Ltd e Macfarlan Smith Ltd da un lato e il Ministro dell’interno inglese, sostenuto dalla Generics Ltd dall’altro, in ordine all’importazione, da parte di quest’ultima società nel Regno Unito di un quantitativo di diamorfina originaria dei Paesi Bassi. In particolare, le due società ricorrenti nella causa principale contestavano l’autorizzazione all’importazione concessa dallo Stato alla Generics Ltd sulla base degli artt. 30 e 36 del Trattato, dal momento che fino al 1992 l’importazione di tale sostanza era vietata per motivi di sicurezza e alle due società era garantita l’esclusiva per la fabbricazione e la trasformazione della diamorfina a scopi medici. Il Ministero dell’interno affermava, per contro, che tale divieto era di ostacolo agli scambi intracomunitari e che la sicurezza degli approvvigionamenti poteva essere assicurata in modo soddisfacente mediante l’istituzione di un sistema di appalti.

rispetto dei principi del Trattato, pur non essendo richiesti espressamente dalle direttive, essa coglie l'occasione per proporre una lettura certamente restrittiva dei principi enunciati dalla Corte di Giustizia.

Innanzitutto, la Commissione porta alle estreme conseguenze, forzandolo, il ragionamento imbastito dalla sentenza *Beentjes*, qualificando le previsioni come quella di assumere disoccupati alla stregua di *clausole contrattuali* e collocandole, data la differenza sia dalla valutazione dell'idoneità dell'offerente sia dai criteri per l'aggiudicazione del contratto, nella fase di esecuzione del contratto: esse sono «*semplicemente un obbligo che chi ottiene il contratto deve accettare*» (pt. 2.47). A sostegno della sua tesi, la Commissione evidenzia come i criteri di aggiudicazione previsti dall'art. 29, dir. 71/305/CEE, seppure a titolo esemplificativo, riguardino tutti elementi rapportati al vantaggio economico che l'offerta in questione presenta per l'autorità aggiudicatrice, sicché la capacità dell'offerente di assumere disoccupati, che non ha alcuna incidenza sul suddetto beneficio economico, non sarebbe compatibile con la direttiva (pt. 2.48).

In secondo luogo la Commissione ribadisce che la clausola sociale, applicata nella fase di esecuzione, non deve ovviamente violare altri principi del diritto comunitario e, soprattutto, il divieto di effettuare discriminazioni basate sulla nazionalità. Clausole come quella esaminata nella sentenza *Beentjes*, infatti, che scontano comunque una difficile applicazione pratica per il forte collegamento al territorio ove l'appalto deve essere svolto⁷, saranno legittime solo se l'impresa aggiudicatrice possa rispettarle a prescindere dal luogo di residenza dei soggetti beneficiari della suddetta clausola sociale (pt. 2.52-53): qualora l'aggiudicatario, infatti, sia obbligato ad assumere una determinata percentuale di persone residenti nel territorio di esecuzione dell'appalto, questa previsione avvantaggerebbe in modo illegittimo le imprese (ed anche i lavoratori) locali, violando i principi sopra menzionati.

In terzo ed ultimo luogo, la clausola sociale deve operare sul solo territorio dello Stato dell'autorità aggiudicatrice, nel senso che la sua validità non può riguardare persone impiegate in altri Stati membri con il rischio di creare conflitti fra leggi e di annullare il vantaggio competitivo delle imprese situate negli stati dove il costo del lavoro è più basso (pt. 2.58).

Il punto più significativo della ricostruzione operata dalla Commissione è certamente il primo, giacché essa, pur ammettendo il legittimo innesto di obiettivi di politica sociale all'interno degli appalti pubblici, limita l'operatività delle relative previsioni dei bandi di gara alla sola fase di esecuzione del contratto, chiudendo così il cerchio che la Corte di Giustizia aveva lasciato aperto.

3. Dal Libro verde sugli appalti al caso Nord-Pas-de-Calais

Nel 1996 la Commissione torna sul tema nel *Libro verde sugli appalti pubblici*⁸ in cui enuncia, sul piano generale, la regola che la normativa sugli appalti pubblici può

⁷ CERBO, 2010, 31.

⁸ *Libro verde sugli appalti pubblici nell'Unione europea: spunti di riflessione per il futuro*, COM(96)583 del 27 novembre 1996.

contribuire alla realizzazione di obiettivi di politica sociale e ambientale, introducendo un accostamento che non sempre è possibile sostenere (v. *infra*).

La vera novità, in questo documento, è un parziale ammorbidimento della posizione assunta nel 1989 giacché la Commissione ammette che gli aspetti sociali possano emergere anche nella fase di aggiudicazione del contratto (e quindi di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa) ma solo quando gli appalti pubblici siano usati come azione positiva, ovvero «*come mezzo per raggiungere l'obiettivo perseguito, quale ad esempio la costituzione di un mercato specifico per un settore protetto che non potrebbe altrimenti sostenere la concorrenza di imprese commerciali tradizionali aventi un livello di produttività normale*» (pt. 5.39). L'attenzione, dunque, si sposta sulla possibilità di sostenere quei soggetti economici che, presentando un livello di produttività inferiore, non potrebbero competere ad armi pari con le imprese "tradizionali", anche alterando le regole della concorrenza, lasciando fuori dal discorso la possibilità di imporre a queste ultime il rispetto di clausole contrattuali finalizzate all'impiego di soggetti svantaggiati o a promuovere l'occupazione femminile, nella sola fase di esecuzione del contratto.

Il Libro Verde, infatti, precisa che le direttive allora vigenti⁹ non permettevano «*di tener conto delle preoccupazioni di ordine sociale nel quadro della fase di verifica dell'ammissibilità degli offerenti o dei candidati, sulla base dei criteri di selezione relativi alla capacità economica, finanziaria o tecnica, né nella fase di aggiudicazione degli appalti sulla base dei criteri all'uopo previsti che devono corrispondere alle qualità economiche inerenti alla prestazione oggetto dell'appalto*» (pt. 5.43). La Commissione precisa inoltre che per gli appalti c.d. sotto soglia gli organismi acquirenti possono introdurre, nei criteri di aggiudicazione, preferenze di carattere sociale, a patto che queste siano estese indiscriminatamente a tutti i soggetti comunitari aventi le stesse caratteristiche.

Pur nella rigidità delle posizioni espresse, la Commissione avverte tuttavia la necessità di approfondire il problema ed infatti rinvia l'analisi ad una comunicazione interpretativa, la cui necessità viene ribadita anche nella successiva comunicazione del 1998 [*Gli appalti pubblici nell'Unione europea*, COM(98)143 dell'11 marzo 1998] nella quale la Commissione ribadisce come l'unica possibile interazione fra esigenze di carattere sociale e aggiudicazione dell'appalto sia limitata alla «*costruzione di un mercato ristretto per unità produttive che impiegano handicappati, dalle quali non ci si può ragionevolmente aspettare che siano in grado di sostenere la concorrenza di imprese commerciali classiche con un livello normale di produttività*» (pt. 4.4).

Nel frattempo, tuttavia, la Corte di Giustizia riceve un nuovo ricorso, presentato questa volta dalla Commissione stessa contro la Repubblica francese¹⁰, diretto a far constatare che, in occasione delle diverse procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori relativi alla costruzione e manutenzione di edifici scolastici indette

⁹ All'epoca era stata adottata la dir. 93/37/CEE, successivamente modificata dalla dir. 97/52/CEE anch'essa silente sugli obiettivi sociali, continuando a indicare, quali criteri per l'aggiudicazione dell'appalto, soltanto il prezzo più basso e l'offerta economicamente più vantaggiosa (art. 30).

¹⁰ CGCE, 26 settembre 2000, Causa C-225/98, *Commissione c. Repubblica Francese* (d'ora in poi: *Nord-Pas-de-Calais*).

dalla Regione Nord-Pas-de-Calais, la Repubblica francese era venuta meno agli obblighi ad essa derivanti dal Trattato e dalla direttiva comunitaria in materia di appalti di lavori. In particolare, per ciò che qui interessa, veniva contestata la violazione dell'art. 30, dir. 93/37/CEE, per avere l'amministrazione aggiudicatrice fatto riferimento, nel bando, ad un *criterio supplementare di aggiudicazione* relativo all'occupazione, connesso ad un'azione locale di controllo nei confronti della disoccupazione. Nel proprio ricorso, fra l'altro, la Commissione richiama la sentenza *Beentjes* ribadendo, ancora una volta, come tale pronuncia permetterebbe l'introduzione di una condizione relativa all'occupazione solo come *condizione di esecuzione* e non già come criterio di aggiudicazione dell'appalto: la forzatura nella lettura compiuta dalla Commissione è evidente, giacché, come si è già detto, nella sentenza richiamata la Corte parlava solo di *condizione supplementare* senza alcun esclusivo riferimento alla fase della esecuzione del contratto di appalto.

I giudici, tuttavia, superano tutte le argomentazioni addotte dalla Commissione ribadendo che il citato art. 30, contenente i criteri per l'aggiudicazione dell'appalto, «*non esclude che le amministrazioni aggiudicatrici possano ricorrere ad un criterio come la condizione connessa alla lotta contro la disoccupazione, ammesso che una siffatta condizione rispetti tutti i principi fondamentali del diritto comunitario, in particolare il principio di non discriminazione, quale si desume dalle disposizioni del Trattato in materia di diritto di stabilimento e di libera prestazione dei servizi*» (pt. 50) e comunque «*nel rispetto di tutte le norme procedurali della detta direttiva ed in particolare delle disposizioni di questa in materia di pubblicità*» (pt. 51). La Corte, inoltre, esplicita chiaramente come la lettura della Commissione, che aveva voluto limitare l'operatività delle condizioni supplementari alla sola fase di esecuzione dell'appalto, fosse errata dato che in quella sentenza «*la condizione legata all'occupazione di disoccupati di lungo periodo, al centro di quella causa, era servita come base per escludere un offerente e poteva costituire, pertanto, solo un criterio di aggiudicazione dell'appalto*» (pt. 52).

In verità, pare a chi scrive che anche i giudici comunitari abbiano qui ceduto a qualche forzatura di troppo, perché se è vero che nella sentenza *Beentjes* non era esplicitata la valenza di *condizione supplementare* nella fase di esecuzione della previsione relativa all'assunzione di disoccupati, evocata soltanto dall'uso del termine *condizione* e non *criterio*, è altrettanto vero che lì la Corte aveva precisato che la suddetta previsione non andava confusa con i criteri di aggiudicazione dell'appalto e, dunque, operava diversamente da essi. La sentenza *Nord-Pas-de-Calais*, nella urgenza di ribattere alla Commissione, si sofferma correttamente su ciò che la direttiva non esclude, ma nulla dice sul modo in cui questa previsione dovrebbe concorrere ad individuare l'offerta più vantaggiosa e sul peso che dovrebbe avere rispetto ai criteri di valenza più strettamente economica. In ogni caso, nella giurisprudenza della Corte, la *condizione supplementare*, che era *clausola contrattuale* per la Commissione, è diventata anche un *criterio di aggiudicazione* sebbene solo potenziale, data la necessità che, nel silenzio delle direttive, fosse indicato nel bando di gara dell'appalto pubblico.

4. La comunicazione interpretativa della Commissione: il vantaggio economico per l'amministrazione aggiudicatrice

La presa di posizione della Corte di Giustizia ingenera il rafforzamento della lettura proposta dalla Commissione che, coerentemente con quanto sostenuto nelle aule giudiziarie, inserisce esplicitamente le condizioni di esecuzione di un appalto finalizzate alla promozione dell'occupazione delle persone svantaggiate, o escluse, ovvero alla lotta contro la disoccupazione, nella proposta di modifica (e di unificazione in un unico testo) delle direttive sugli appalti pubblici¹¹.

La sentenza *Nord-Pas-de-Calais*, tuttavia, impone delle precisazioni sicché la Commissione adotta nel 2001 la comunicazione interpretativa *Sul diritto comunitario degli appalti pubblici e la possibilità di integrare aspetti sociali negli appalti pubblici* [COM(2001)566 def. del 15 ottobre 2001], precisando, in ciascuna fase di aggiudicazione dell'appalto pubblico, se ed in quale misura possano essere presi, appunto, in considerazione *aspetti sociali*, intendendo con tale espressione sia le misure che garantiscono i diritti fondamentali e i principi di parità di trattamento e di non discriminazione, sia le clausole "preferenziali", volte al reinserimento di persone sfavorite o escluse dal mercato del lavoro ovvero, mediante l'adozione di azioni positive, alla lotta alla disoccupazione o all'esclusione sociale.

Così, partendo dalla fase di esecuzione del contratto, su cui sostanzialmente non c'era alcuna distanza rispetto alla Corte di Giustizia, la Commissione ribadisce la piena legittimità di *clausole contrattuali*, o *condizioni di esecuzione* dell'appalto che perseguano obiettivi sociali, da imporre al titolare del contratto di appalto pur nel silenzio delle direttive e comunque nel rispetto del diritto comunitario. A titolo meramente esemplificativo essa indica (pt. 1.6), per quello che qui interessa, l'obbligo di assumere disoccupati, in particolare di lunga durata, o di introdurre azioni di formazione per disoccupati o giovani in sede di adempimento della prestazione; l'obbligo di realizzare, con riferimento all'esecuzione della prestazione, misure atte a promuovere le pari opportunità fra uomini e donne o la diversità etnica o razziale e l'obbligo di assumere, per l'esecuzione del contratto, un numero di persone disabili superiore a quello normalmente stabilito dalla legislazione nazionale di riferimento.

Un elemento da evidenziare è che queste *clausole* o *condizioni* non potranno riguardare specifiche tecniche, né criteri di accertamento dell'idoneità degli imprenditori né criteri di aggiudicazione: esse intervengono in una fase successiva, allorché queste valutazioni si sono compiute, e dovranno essere rispettate pena la successiva risoluzione per inadempimento del contratto di appalto.

Per quanto riguarda, invece, la controversa fase dell'aggiudicazione dell'appalto pubblico la Commissione precisa, in via preliminare che l'unico *criterio* sociale ammesso è quello che consente di valutare il lavoro, la fornitura o il servizio sotto un profilo qualitativo in rapporto alla sua fruizione da parte di una certa categoria di persone svantaggiate perché, in questo caso, esso concorrerebbe alla individuazione dell'offerta

¹¹ La proposta della Commissione del 10 maggio 2000 è stata poi trasfusa nella proposta del Parlamento e del Consiglio COM(2000) 275 def. del 30 agosto 2000.

più vantaggiosa. In tutti gli altri casi, invece, le eventuali previsioni sarebbero incompatibili con le direttive.

Per un verso, essa infatti sottolinea come la riserva di quote di appalti a certe categorie di fornitori, alla stregua delle *small minority business* americane (pt. 1.4.1), pur condivisibile sul piano teorico, non fosse all'epoca oggetto di previsione normativa e, dunque, non fosse applicabile. Viceversa, a conferma della legittimità dell'obiettivo in sé, le prassi che riservano gli appalti c.d. sotto soglia a favore di alcune categorie di persone, come i *laboratori protetti* dei disabili o i disoccupati, sono invece pienamente legittime, a condizione di non ingenerare discriminazioni dirette o indirette nei confronti degli offerenti di altri Stati membri (pt. II).

Per altro verso, tornando alla diatriba con la Corte di Giustizia, la Commissione ammette che criteri che prendano in considerazione aspetti sociali possano «*essere utilizzati ai fini dell'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa nei casi in cui essi comportino un vantaggio economico per l'amministrazione aggiudicatrice, collegato al prodotto o al servizio oggetto dell'appalto*» (pt. 1.4.1). Negli altri casi la *clausola contrattuale* in fase di esecuzione può assumere la veste di *criterio addizionale* dell'attribuzione dell'appalto solo nel caso in cui, avendolo previsto nel bando, le amministrazioni aggiudicatrici si trovino di fronte a due o più offerte economicamente equivalenti (pt. 1.4.2), come d'altra parte era successo nel caso *Nord-Pas-de-Calais*, dove la Repubblica francese aveva precisato che si trattava di un criterio accessorio non determinante.

Un interrogativo imprescindibile è, tuttavia, quello relativo alla esatta individuazione del *vantaggio economico* che gli eventuali aspetti sociali dovrebbero apportare per determinare l'offerta economicamente più vantaggiosa: se per un verso, infatti, può ritenersi, come fa la Commissione, che ciascun criterio (e dunque anche quello sociale) debba apportare un vantaggio economico diretto all'amministrazione aggiudicatrice, per altro verso si potrebbe invece ritenere sufficiente che ciascun criterio sia semplicemente misurabile in termini economici.

La risposta sembra essere fornita, ancora una volta, dalla Corte di Giustizia che tuttavia la elabora nell'ambito di una controversia avente ad oggetto questioni ambientali, introducendo ulteriori elementi di confusione e di sovrapposizione con le questioni sociali.

Ci si riferisce al caso *Concordia Bus Finland Oy Ab*¹² che trae origine da una procedura di appalto di servizi indetta dalla città di Helsinki per la gestione di una linea di autobus per il trasporto urbano. Nel bando di gara si precisava che il metodo seguito per l'aggiudicazione sarebbe stato quello dell'offerta più vantaggiosa da valutarsi secondo il prezzo globale, la qualità del materiale (ovvero degli autobus) e la gestione, da parte dell'imprenditore, della qualità del servizio e delle implicazioni ambientali del medesimo, criterio, quest'ultimo, che aveva sostanzialmente determinato l'assegnazione dell'appalto ad un'altra società.

Chiamata, quindi, a verificare se fosse legittimo inserire in un appalto pubblico

¹²CGCE, 17 settembre 2002, Causa C-513/99, *Concordia Bus Finland Oy Ab c. Helsingin kaupunki e HKL Bussiliikenne*.

di servizi di trasporto urbano valutazioni di carattere ecologico tra i criteri atti a definire l'offerta economicamente più vantaggiosa, la Corte risponde che in tale fase è legittimo «prendere in considerazione criteri relativi alla tutela dell'ambiente, purché tali criteri siano collegati all'oggetto dell'appalto, non conferiscano alla [...] amministrazione una libertà incondizionata di scelta, siano espressamente menzionati nel capitolato d'appalto o nel bando di gara e rispettino tutti i principi fondamentali del diritto comunitario, in particolare il principio di non discriminazione», nonché le norme procedurali della dir. 92/50/CEE e in particolare le sue disposizioni in materia di pubblicità.

A sostegno della propria conclusione il giudice comunitario si affida, per la prima volta, ad un'interpretazione letterale del dato normativo: l'elenco dei criteri da considerare nella valutazione dell'offerta più vantaggiosa contenuto nell'art. 36, dir. 92/50/CEE in materia di appalti di servizi, infatti, è meramente esemplificativo (pt. 54), dato l'utilizzo dell'espressione *ad esempio*. La Corte, pertanto, ammette l'introduzione di criteri ulteriori, e dunque anche ambientali, concludendo che ciascuno di tali criteri, adottati dall'amministrazione aggiudicatrice al fine di individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa, non debba necessariamente essere di natura meramente economica, poiché non può escludersi che siffatti fattori possano incidere sul valore di un'offerta, come dimostrerebbe il riferimento letterale alle caratteristiche estetiche della stessa nel citato art. 36.

Sul piano sistematico, inoltre, la Corte richiama l'importanza della tutela dell'ambiente come obiettivo implicitamente posto alle attività e alle politiche comunitarie e, dunque, conclude, pur con le precisazioni sopra richiamate, che le amministrazioni aggiudicatrici possano legittimamente decidere di avvalersi di *criteri* ecologici in sede di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Rispetto all'alternativa posta dalla Commissione fra vantaggio economico reso da ogni criterio ovvero misurazione in termini economici di ciascun criterio, la Corte sembra avvalorare una terza opzione: il vantaggio economico reso all'amministrazione aggiudicatrice è quello dell'offerta nel suo complesso, determinato anche con criteri non necessariamente di natura meramente economica.

4.1. *Criteri ambientali e aspetti sociali fra valutazione delle offerte e aggiudicazione dell'appalto*

Il punto più interessante della vicenda, come si accennava, attiene alla possibile sovrapposizione che il caso *Concordia bus* sembrerebbe consentire, fra criteri ambientali e criteri sociali¹³, rimettendo nuovamente in discussione le conclusioni della Commissione giacché questi ultimi, non essendo sempre *meramente economici*, potrebbero in realtà rientrare fra quelli indicati nei bandi di gara per determinare l'offerta economicamente più vantaggiosa.

Intanto, però, va precisato che la Commissione esamina le considerazioni di carattere ambientale negli appalti pubblici in una distinta comunicazione interpretativa del

¹³ È critico anche CERBO, 2010, 37.

4 luglio 2001¹⁴, precedente di qualche mese quella sugli aspetti sociali, nella quale, pur ricordando che le suddette considerazioni non sono esplicitamente menzionate nella normativa allora vigente, ritiene tuttavia che esse possano dar luogo alla definizione di criteri d'aggiudicazione specifici. Non costituiscono, dunque, un criterio *addizionale*, da far valere di fronte a due offerte economicamente equivalenti e quindi già valutate tali, come nel caso dei criteri sociali, bensì criteri ulteriori per la valutazione dell'offerta perché ritenuti dalla Commissione comunque in grado di esprimere una valenza economica, diretta o indiretta. Partendo da questo presupposto, l'impatto della sentenza *Concordia bus* sull'utilizzo dei criteri ambientali è abbastanza limitato perché, al di là delle affermazioni di principio della Corte, essi sono misurabili sul piano economico. Diversamente deve concludersi, invece, per i criteri che prendano in considerazione aspetti sociali che non sempre presentano questa caratteristica: ecco, allora, che se i criteri adottati per determinare l'offerta economicamente più vantaggiosa non devono essere ciascuno *di natura meramente economica*, il ragionamento potrebbe condurre ad una inclusione dei fattori sociali all'interno della fase di aggiudicazione delle offerte.

Eppure l'applicazione dei principi della sentenza *Concordia bus* anche all'ambito sociale, tanto da consentire l'inclusione dei relativi criteri all'interno della valutazione dell'offerta più vantaggiosa, non convince del tutto, quantomeno perché non sempre i criteri sociali possono incidere sul valore dell'offerta. Come è stato efficacemente osservato, infatti, è molto difficile assegnare un valore, ai fini della qualità del bene offerto, ad una lavorazione svolta coinvolgendo soggetti svantaggiati.

In ogni caso, e questo è il punto più importante, il dibattito sin qui descritto, fondato su distinzioni molto fragili, ma probabilmente inevitabili, richiedeva l'intervento del legislatore onde fornire elementi di maggiore certezza in una materia dove l'iniziativa della singola stazione appaltante ben poteva essere censurata per violazione dei principi del diritto comunitario.

5. *Il primo intervento del legislatore comunitario: i criteri sociali ...*

Tale necessario intervento veniva avvertito anche dalla Commissione che presenta una proposta di modifica delle tre direttive¹⁵, non solo in un'ottica di semplificazione e di uniformità normativa.

Nella prospettiva che ci occupa, la Commissione richiama i suoi orientamenti nel *considerando* 22 della suddetta proposta, laddove ribadisce che le condizioni di esecuzione di un appalto, in quanto non discriminatorie e inserite nel bando di gara, possono essere finalizzate alla promozione dell'occupazione delle persone svantaggiate o escluse o alla lotta contro la disoccupazione, inserendo tuttavia i soli criteri ambientali,

¹⁴ *Il diritto comunitario degli appalti pubblici e le possibilità di integrare considerazioni di carattere ambientale negli appalti pubblici*, COM(2001) 274 def. del 4 luglio 2001.

¹⁵ Dir. 92/50/CEE in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, dir. 93/36/CEE in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e dir. 93/37/CEE in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, tutte successivamente modificate dalla dir. 97/52/CE.

sempre a titolo esemplificativo, nella norma sull'aggiudicazione dell'appalto (art. 53, comma 1, lett. b) che dunque non fa alcun riferimento ai criteri sociali, neanche nella loro più limitata valenza *addizionale*.

Il passaggio successivo è l'entrata in vigore della dir. 2004/18/CE del 31 marzo 2004, che unifica la disciplina degli appalti e concessioni di lavori, servizi, forniture nei "settori ordinari"¹⁶ e che riprende, in modo evidente, il dibattito fra Corte di Giustizia e Commissione, operando, tuttavia, importanti distinzioni.

Intanto, nel corpo della direttiva si ravvisa una netta demarcazione fra la fase di aggiudicazione del contratto di appalto pubblico e quella di esecuzione del contratto medesimo.

Partendo da quest'ultima fase, che non aveva creato alcun problema interpretativo, la direttiva, dopo aver precisato il necessario rispetto del divieto di discriminazione e dell'adeguata pubblicità nel bando di gara o nel capitolato d'oneri, ammette esplicitamente l'inserimento di condizioni che siano «finalizzate alla formazione professionale nel cantiere, alla promozione dell'occupazione delle persone con particolari difficoltà di inserimento, alla lotta contro la disoccupazione», citando a titolo esemplificativo l'assunzione di disoccupati di lunga durata, l'introduzione di azioni di formazione per i disoccupati o per i giovani e l'assunzione di un numero di persone disabili superiore a quello stabilito dalla legislazione nazionale (*considerando* 33). L'affermazione di principio viene ribadita nell'art. 26, in cui fra le condizioni di esecuzione dell'appalto, il legislatore comunitario inserisce esplicitamente quelle sociali e ambientali, attribuendo alla previsione una indubbia valenza imperativa.

Viceversa, per ciò che concerne i criteri di aggiudicazione la direttiva segue due strade diverse.

Per quanto riguarda, infatti, il *criterio addizionale*, dopo aver richiamato la giurisprudenza della Corte di Giustizia sul tema ed aver precisato che gli appalti pubblici possono soddisfare le esigenze del pubblico interessato, tra l'altro in materia ambientale e sociale (*considerando* 1), la direttiva precisa che la valutazione delle offerte deve avvenire in maniera oggettiva, ricorrendo cioè a criteri economici e qualitativi che, nel loro insieme, devono consentire di determinare l'offerta economicamente più vantaggiosa per l'amministrazione aggiudicatrice. Se tali condizioni sono soddisfatte, l'amministrazione aggiudicatrice può considerare (anche) criteri sociali (*considerando* 46). A ben guardare, però, il riferimento non è al solo *criterio addizionale* elaborato dalla Commissione, bensì anche alla possibilità di adottare criteri capaci di soddisfare bisogni propri di categorie di cittadini particolarmente svantaggiati, visti qui come fruitori dell'oggetto dell'appalto. In ogni caso la previsione non viene trasfusa nell'articolato normativo: nell'art. 53, comma 1, lett. a), infatti, fra i criteri da considerare ai fini della valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa ci sono quelli ambientali senza alcun riferimento agli aspetti sociali.

¹⁶ La dir. 2004/17 disciplina gli appalti e concessioni di lavori, servizi e forniture nei settori del gas, dell'energia termica, dell'elettricità, dell'acqua, dei trasporti, dei servizi postali, e dello sfruttamento di area geografica.

5.1. ... e gli appalti riservati

La seconda strada imboccata dalla direttiva riguarda, invece, la possibilità di riservare la partecipazione alle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici ai lavoratori protetti.

Il riferimento è al complessivo istituto degli *appalti riservati* che la Commissione, come si è visto, aveva sommariamente delineato nel Libro verde del 1996 allorché, in questa prospettiva, aveva qualificato l'utilizzo degli appalti pubblici come possibili azioni positive.

Con specifico ed esclusivo riferimento ai disabili, allora, nel *considerando* 28, il legislatore comunitario, qualificando i *laboratori protetti* ed i *programmi di lavoro protetti* come efficaci misure per promuoverne l'integrazione o la reintegrazione nel mercato del lavoro e valutando, tuttavia la loro probabile difficoltà ad ottenere appalti «*in condizioni di concorrenza normali*», ritiene opportuno prevedere «*che gli Stati membri possano riservare la partecipazione alle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici a tali laboratori o riservare l'esecuzione degli appalti nel contesto di programmi di lavoro protetti*».

Tale principio viene ripreso e disciplinato nell'art. 19, nel quale la direttiva lascia agli Stati membri la possibilità di «*riservare la partecipazione alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici a laboratori protetti o riservarne l'esecuzione nel contesto di programmi di lavoro protetti quando la maggioranza dei lavoratori interessati è composta di disabili i quali, in ragione della natura o della gravità del loro handicap, non possono esercitare un'attività professionale in condizioni normali*», a condizione che il bando di gara menzioni la suddetta riserva.

Viene, dunque, sancita una riserva di partecipazione all'aggiudicazione degli appalti in favore dei *laboratori protetti* e una riserva di esecuzione in favore di *programmi di lavoro protetti*, con riferimento a due concetti che, a parere di chi scrive, sono del tutto differenti.

Intanto, sul piano lessicale, il *laboratorio* evoca il soggetto giuridico che partecipa alla procedure di aggiudicazione e l'attività che stabilmente svolge, al di là della configurazione che esso può assumere¹⁷, mentre il *programma* attiene all'attività lavorativa ed al modo in cui essa viene svolta, tanto da riferirsi probabilmente anche a soggetti che perseguono finalità lucrative e che tuttavia utilizzano lavoratori disabili (e non necessariamente ad un laboratorio protetto).

Per quanto riguarda l'esatta individuazione di lavoratori *disabili*, occorre necessariamente rinviare alla definizione contenuta nell'allora vigente reg. CE n. 2204/2002 del 12 dicembre 2004, in materia di aiuti di Stato all'occupazione, che li identifica in qualsiasi persona riconosciuta come disabile ai sensi della legislazione nazionale, o comunque in «*qualsiasi persona riconosciuta affetta da un grave handicap fisico, mentale o psichico*» [art. 2, lett. g)].

Quanto, poi, al requisito soggettivo dell'impiego maggioritario dei lavoratori disabili, richiesto dalla norma, il rinvio è evidentemente al concetto di *lavoro protetto*

¹⁷ Nel caso della normativa italiana l'impresa sociale, di cui al d.lgs. n. 166/2005, o le cooperative sociali, di cui alla l. n. 381/1991.

enunciato sempre nel reg. CE n. 2204/2002, che lo qualifica come l'occupazione «*in uno stabilimento nel quale almeno il 50% dei dipendenti siano lavoratori disabili che non siano in grado di esercitare un'occupazione sul mercato del lavoro aperto*» [art. 2, lett. h)]. Sia i *laboratori protetti* sia i *programmi di lavoro protetti*¹⁸ sono riconducibili al lavoro protetto ora menzionato e dunque il requisito soggettivo va riferito ad entrambi, sebbene in fase di trasposizione nell'ordinamento italiano, la sovrapposizione dei primi con la disciplina delle cooperative sociali abbia potuto condurre a diverse conclusioni¹⁹. In ogni caso, mentre nel regolamento sugli aiuti di Stato all'occupazione il requisito è di almeno il 50%, nella direttiva sugli appalti pubblici è leggermente più elevato giacché si fa riferimento alla maggioranza dei lavoratori. È altresì chiaro che l'art. 19 si riferisce ai soli disabili, ma nulla toglie che il laboratorio protetto, ovvero il programma di lavoro protetto, nella restante percentuale di lavoratori possa comprendere altre categorie di soggetti svantaggiati.

6. *Il mutato contesto comunitario. Le novità della direttiva del 2014 fra aggiudicazione ed esecuzione ...*

Negli anni successivi al 2004 l'attenzione dell'Unione europea sulla necessaria integrazione fra le sue diverse politiche e quella sociale, considerata materia di interesse generale, emerge sempre più, a cominciare dall'art. 3, comma 3, TUE in cui, fra le finalità perseguite si indica lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva che mira «*alla piena occupazione e al progresso sociale*» e si precisa che l'Unione «*combatte l'esclusione sociale e le discriminazioni e promuove [...] la parità tra uomini e donne*». A ciò aggiungasi anche il riferimento all'art. 9 TFUE il quale dichiara che nella definizione e nell'attuazione delle sue politiche e azioni, «*l'Unione tiene conto delle esigenze connesse con la promozione di un elevato livello di occupazione, la garanzia di un'adeguata protezione sociale, la lotta contro l'esclusione sociale*».

Un necessario, per quanto rapido, riferimento va fatto anche alla strategia Europa 2020²⁰ nella quale, pur non essendoci riferimenti diretti all'intreccio fra politica sociale ed appalti pubblici, la Commissione evidenzia fra i suoi obiettivi nel decennio 2010-2020, quello della promozione di un'economia con un alto tasso di occupazione che favorisca la coesione sociale e territoriale (pag. 5) e presenta la Piattaforma europea contro la povertà, per garantire coesione sociale e territoriale in modo tale «*che i benefici della crescita e i posti di lavoro siano equamente distribuiti e che le persone vittime di povertà e esclusione sociale possano vivere in condizioni dignitose e partecipare attivamente alla società*» (pag. 6).

¹⁸ Così anche VARVA, 2011, 379.

¹⁹ Ci si riferisce al rapporto fra la disciplina delle cooperative sociali di tipo b) e l'art. 52, d.lgs. 163/2006 che aveva indotto chi scrive a ritenere esclusi i *laboratori protetti* dalle limitazioni soggettive di cui all'art. 19 in commento: LEONE, 2013, 776 s. Sul punto v. anche VARVA, 2014, 226 s.

²⁰ EUROPA 2020. Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva, COM(2010) 2020 def. del 3 marzo 2010.

Contemporaneamente la Commissione rafforza il ruolo delle imprese sociali, il cui modello embrionale nella disciplina degli appalti pubblici sono evidentemente, innanzitutto, i *laboratori protetti*. Nel 2010 la Commissione presenta, infatti, l'Atto per il mercato unico²¹, la cui proposta n. 36 indica anche gli appalti pubblici come strumento per la realizzazione di azioni di sostegno verso l'imprenditoria sociale e, nel successivo Libro verde²² del 2011, nel quale annuncia la modifica delle direttive del 2004, essa evidenzia la necessità che gli appalti pubblici siano finalizzati al sostegno di obiettivi sociali comuni, come la promozione dell'inclusione sociale²³.

In questo documento, inoltre, la Commissione evidenzia come le pubbliche amministrazioni possano contribuire efficacemente alla realizzazione degli obiettivi della strategia Europa 2020, ricorrendo ad appalti aventi ad oggetto «beni e servizi a maggiore valenza "sociale"», aumentando così, per quello che qui interessa, l'occupazione, migliorando le condizioni sociali e promuovendo l'uguaglianza e l'inclusione dei gruppi svantaggiati²⁴.

Tutti questi spunti di intervento politico e normativo si intrecciano, infine, con l'*Iniziativa per l'imprenditoria sociale*²⁵, nella quale l'*impresa sociale* viene definito come «un attore dell'economia sociale il cui principale obiettivo non è generare utili per i suoi proprietari o azionisti, ma esercitare un impatto sociale. Essa opera sul mercato producendo beni e servizi in modo imprenditoriale e innovativo e destinando i propri utili principalmente alla realizzazione di obiettivi sociali» (pt. 1). Essa può dunque concretizzarsi sotto forma di imprese che forniscono servizi sociali e/o beni e servizi destinati a un pubblico vulnerabile (come, ad esempio, l'assistenza a persone anziane o disabili), ma anche di imprese la cui attività, pur perseguendo un obiettivo di natura sociale (integrazione sociale e professionale tramite l'accesso al lavoro di persone svantaggiate soprattutto in ragione di una scarsa qualificazione o di problemi sociali o professionali che ne determinano l'esclusione e l'emarginazione), può riguardare beni o servizi non di natura sociale. Nella suddetta esemplificazione è possibile, dunque, collocare sia i *laboratori protetti* sia i *programmi di lavoro protetti* richiamati dall'art. 19 della direttiva del 2004, tanto che nello stesso documento, premessa la difficoltà per le suddette imprese, complessivamente intese, di accedere agli appalti pubblici, si conclude per il necessario intervento sulla regolamentazione in materia, rimarcando la necessità di evidenziare maggiormente la possibilità di ricorrere a criteri sociali o ambientali negli appalti pubblici (pt. 3.3.2). Tutto questo conduce all'azione chiave n. 10, che si propone di valorizzare maggiormente l'elemento della qualità nel quadro della riforma degli appalti pubblici, e di valutare le modalità per tener conto delle condizioni di lavoro

²¹ *Verso un atto per il mercato unico. Per un'economia sociale di mercato altamente competitiva. 50 proposte per lavorare, intraprendere e commerciare insieme in modo più adeguato*, COM(2010)608 def. del 27 ottobre 2010.

²² *Libro verde sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici. Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti*, COM(2011)15 del 27 gennaio 2011.

²³ Spec. 5.

²⁴ Spec. 36.

²⁵ *Iniziativa per l'imprenditoria sociale Costruire un ecosistema per promuovere le imprese sociali al centro dell'economia e dell'innovazione sociale*, COM(2011) 682 del 25 ottobre 2011.

delle persone che partecipano alla produzione di beni e servizi oggetto dell'appalto, a condizione che siano pienamente preservati i principi di non discriminazione, parità di trattamento e trasparenza sanciti dal trattato.

La traduzione sul piano normativo di queste enunciazioni di principio è la dir. 2014/24/UE del 26 febbraio 2014²⁶, che sostituisce, abrogandola, quella del 2004 e che sembra superare la distinzione fra fase di aggiudicazione rispetto a quella di esecuzione dell'appalto pubblico, accomunando i criteri relativi alla prima alle condizioni della seconda. Essa, infatti, prevede che *«possano essere oggetto dei criteri di aggiudicazione o delle condizioni di esecuzione dell'appalto anche misure intese [...] alla promozione dell'integrazione sociale di persone svantaggiate o di membri di gruppi vulnerabili nel personale incaricato dell'esecuzione dell'appalto [...]». Per esempio, tali criteri o condizioni potrebbero riferirsi, tra l'altro, all'assunzione di disoccupati di lunga durata, all'attuazione di azioni di formazione per disoccupati o giovani nel corso dell'esecuzione dell'appalto da aggiudicare»* (considerando 99). Si tratta, tuttavia, più di una petizione di principio che di un reale superamento degli orientamenti espressi dalla Commissione negli anni precedenti giacché l'analisi dei successivi *considerando*, e soprattutto dell'articolato normativo, non mostra significativi mutamenti di direzione.

In particolare, per quanto riguarda la fase di esecuzione, dopo aver ribadito, infatti che *«le condizioni di esecuzione dell'appalto potrebbero anche essere intese a favorire l'attuazione di misure volte a promuovere l'uguaglianza tra uomini e donne nel lavoro, una maggiore partecipazione delle donne al mercato del lavoro e ad assumere un numero di persone svantaggiate superiore a quello stabilito dalla legislazione nazionale»* (considerando 98), il legislatore ribadisce, nell'art. 70, la possibilità di inserire condizioni particolari in questa fase, come già previsto nel 2004, sdoppiandole qui fra considerazioni di ordine sociale e quelle relative *all'occupazione*. La suddetta distinzione appare connessa al diverso coinvolgimento dei soggetti svantaggiati, presente anche nella direttiva del 2004, considerati come potenziali fruitori o beneficiari dell'appalto e non solo come soggetti da inserire nel mercato del lavoro.

Per quanto riguarda, invece, la fase dell'aggiudicazione, dopo aver ribadito che essa deve essere effettuata applicando criteri obiettivi per garantire un raffronto oggettivo del valore relativo delle offerte al fine di determinare, in condizioni di effettiva concorrenza, quale sia l'offerta economicamente più vantaggiosa (considerando 90), il legislatore precisa che i criteri *economici* e qualitativi per valutare il miglior rapporto qualità/prezzo comprendono anche aspetti ambientali e sociali (considerando 92) e, difatti, nell'art. 67, comma 2, per la prima volta, stabilisce che *«l'offerta economicamente più vantaggiosa [...] può includere il miglior rapporto qualità/prezzo, valutato sulla base di criteri, quali gli aspetti [...] sociali, connessi all'oggetto dell'appalto pubblico in questione»*.

6.1. ... e sugli appalti riservati. L'apertura agli altri soggetti svantaggiati

La disposizione che risulta maggiormente influenzata dagli ambiziosi obiettivi enunciati dalla Commissione dopo la strategia Europa 2020 è tuttavia quella sugli appalti

²⁶Per un veloce commento delle disposizioni qui esaminate v. ALLAMPRESE, ORLANDINI, 2014, 175 ss.

riservati, preceduta da rilevanti affermazioni nei *considerando* della direttiva. Intanto viene rafforzata l'attenzione sui disabili, con un rinvio esplicito alla Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità²⁷ e alla necessità di tenerne conto per quanto riguarda, in particolare i criteri di aggiudicazione e le condizioni di esecuzione di un appalto (*considerando* 3), ma soprattutto si forniscono importanti indicazioni sui *laboratori protetti*. La direttiva, infatti, precisa che essi costituiscono una *species* di impresa sociale, «*il cui scopo principale è l'integrazione o reintegrazione sociale e professionale delle persone con disabilità e delle persone svantaggiate, quali i disoccupati, le persone appartenenti a minoranze svantaggiate o comunque a categorie socialmente emarginate*» (*considerando* 36): la precisazione è particolarmente rilevante visto che nella direttiva del 2004 essi erano richiamati con esclusivo riferimento ai soggetti disabili e, soprattutto, essa viene trasfusa nel testo dell'art. 20.

Il legislatore mantiene la distinzione fra la riserva di partecipazione alle procedure di appalto, posta in favore dei *laboratori protetti* e di «*operatori economici il cui scopo principale sia l'integrazione sociale e professionale delle persone con disabilità o svantaggiate*», e la riserva di esecuzione dell'appalto medesimo nel contesto di *programmi di lavoro protetti*. Il tenore letterale della seconda parte della disposizione induce a confermare la differenza fra i due concetti (laboratori e programmi), già rilevata nella direttiva del 2004, dato che il riferimento allo scopo è presente solo con riferimento ai primi. Ciò consente di ribadire l'idea che i *programmi di lavoro protetti* siano in realtà riferiti anche ad imprese con finalità di lucro che utilizzino disabili o soggetti svantaggiati nell'esecuzione della loro ordinaria attività lavorativa (v. *infra*).

Allo stesso tempo la norma introduce importanti novità.

Innanzitutto l'art. 20, in linea con il *considerando* 36, accosta ai *laboratori protetti* altri operatori economici, di cui precisa, in senso teleologico, l'attività ampliando così l'ambito di applicazione della norma anche agli Stati (come d'altra parte l'Italia) che hanno disciplinato l'impresa sociale, ma non specificamente i laboratori protetti, e risolvendo alcuni problemi emersi nella fase di trasposizione della direttiva.

In secondo luogo, la norma estende l'operatività della riserva oltre i confini della disabilità, ricomprendendo genericamente *lavoratori svantaggiati*, riducendo la relativa percentuale dalla maggioranza al 30%²⁸ e scendendo, quindi, sotto la percentuale che la normativa sugli aiuti di Stato all'occupazione prevedeva con riferimento al lavoro protetto, per i disabili, al momento dell'entrata in vigore della direttiva. Ci si riferisce al reg. CE n. 800/2008 del 6 agosto 2008, che sul punto aveva sostanzialmente confermato le previsioni del reg. CE n. 2204/2002²⁹ pur spostando l'attenzione dalla me-

²⁷ La Convenzione è stata adottata il 13 dicembre 2006 ed è entrata in vigore il 3 maggio 2008. V. nello specifico l'art. 27 su lavoro e occupazione.

²⁸ La percentuale del 30% e l'ampliamento dei soggetti considerati consente di superare i problemi sorti in relazione alle cooperative sociali di tipo b) sotto la vigenza dell'art. 52. Sul punto si rinvia a PA-SQUARELLA, 2017.

²⁹ Il regolamento del 2008, infatti, qualifica come lavoratore disabile chiunque sia riconosciuto disabile ai sensi dell'ordinamento nazionale o sia caratterizzato da impedimenti accertati che dipendono da un handicap fisico, mentale o psichico (art. 2, n. 20).

ra presenza dell'*handicap* allo svantaggio che esso determina.

Il vero elemento di novità, tributo alla complessa evoluzione dell'approccio comunitario al tema dell'intreccio fra politiche sociali e appalti pubblici qui ricostruita, è tuttavia l'apertura ad altre categorie di lavoratori svantaggiati³⁰, che non vengono identificati direttamente dalla direttiva e che, ancora una volta, costringono al rinvio alla disciplina sugli aiuti di Stato all'occupazione e alle modifiche che, anche in questo campo, si sono succedute nel tempo.

Al momento dell'entrata in vigore della direttiva, infatti, era vigente il reg. CE n. 800/2008 il quale indicava fra i lavoratori svantaggiati i soggetti privi di impiego retribuito da almeno 6 mesi (che diventano *molto svantaggiati* se privi di lavoro da oltre 24 mesi); i soggetti privi di diploma di scuola media superiore o professionale; gli ultracinquantenni; gli adulti soli che vivono con soggetti a carico; i lavoratori, appartenenti al genere sottorappresentato, occupati in settori caratterizzati da un tasso di disparità uomo-donna che supera almeno del 25 % la disparità media uomo-donna in tutti i settori economici dello Stato membro interessato e, infine, i membri di minoranze etniche con necessità di consolidare le proprie conoscenze linguistiche, di formazione professionale o di lavoro, per migliorare le prospettive di accesso ad un'occupazione stabile (art. 2, n. 18). Come è stato correttamente osservato, questo regolamento aveva fortemente ristretto il novero dei soggetti tutelati, lasciando fuori categorie importanti come, per esempio, i giovani³¹.

Pochi mesi dopo l'approvazione della direttiva sugli appalti pubblici il reg. n. 800/2008 è stato sostituito dal reg. UE n. 651/2014 del 17 giugno 2014 che segna, sotto certi aspetti, un ritorno al passato³². Rispetto alla platea di soggetti considerati nel 2008, infatti, che vengono sostanzialmente confermati, il più recente regolamento fa altresì riferimento³³ ai giovani di età compresa fra 15 e 24 anni e a chi, avendo completato la formazione a tempo pieno da non più di due anni, non ha ancora ottenuto il primo impiego regolarmente retribuito (art. 2, n. 4). Si tratta di un'elencazione non perfettamente sovrapponibile con quella contenuta nel *considerando* 36 della direttiva del 2004³⁴ che appare più generica e, dunque, riferibile anche ad ulteriori categorie di lavoratori svantaggiati (come, per esempio, gli ex detenuti).

Il regolamento citato innova anche in relazione ai disabili che non sono solo quelli riconosciuti come tali dalla normativa nazionale, ma anche «*chiunque presenti durature menomazioni fisiche, mentali, intellettuali o sensoriali che, in combinazione con barriere di diversa natura, possono ostacolare la piena ed effettiva partecipazione all'ambiente di lavoro su base di uguaglianza con gli altri lavoratori*» (art. 2, n. 3) inquadrando non tanto l'*handicap* in sé, quanto il fatto che costituisca un ostacolo per l'inserimento nel

³⁰ Sul punto GAROFALO D., 2009, 569 ss.

³¹ GAROFALO C., 2016, 26.

³² GAROFALO C., 2016, 27.

³³ Un'ulteriore modifica concerne i lavoratori molto svantaggiati che non sono solo quelli privi di lavoro da almeno 24 mesi ma anche i lavoratori svantaggiati privi di lavoro da almeno 12 mesi (art. 2, punto 99).

³⁴ VARVA, 2016, 56.

mercato del lavoro. In proposito, peraltro, il regolamento allinea la nozione di *posto di lavoro protetto* alla direttiva sugli appalti pubblici, fissando nel 30% la soglia di lavoratori disabili che devono essere presenti in azienda (art. 2, n. 100), sebbene le due normative divergano per riferirsi, quest'ultima, ai soli disabili, e quella sugli appalti, invece, anche a lavoratori svantaggiati, in una costruzione del lavoro protetto che va oltre il confine della disabilità.

Ciò che non appare chiaro, nell'attuale formulazione come in quella del 2004, è se il dato percentuale in commento si riferisca al normale svolgimento dell'attività lavorativa dell'impresa, e quindi debba sussistere fin dalla presentazione dell'offerta, ovvero se debba essere soddisfatto con riferimento specifico all'esecuzione dell'appalto. La configurazione complessiva della norma induce a propendere per la prima opzione certamente con riferimento ai *lavoratori protetti* e agli altri operatori economici, beneficiari della riserva di partecipazione fin dalla fase di aggiudicazione, anche alla luce dello scopo che essi perseguono, e cioè l'integrazione sociale e professionale delle persone con disabilità o svantaggiate.

Per quanto concerne, invece, i *programmi di lavoro protetti* le opzioni presentano entrambe qualche difficoltà interpretativa: nel primo caso, infatti, la richiesta percentuale di lavoratori svantaggiati potrebbe diventare un vero e proprio criterio di selezione, precedente la fase dell'esecuzione cui invece la norma si riferisce, mentre nel secondo caso costituirebbe, di fatto, la mera trasposizione della *condizione specifica supplementare* di cui al caso *Beentjes*, con i paventati rischi di discriminazione in favore delle imprese e dei lavoratori locali di cui si è detto (v. *supra*), a meno che non si lasci libertà, nel bando, di assumere lavoratori svantaggiati, per eseguire l'appalto, a prescindere dal loro luogo di residenza.

Al di là delle definizioni e dell'esatta individuazione dei soggetti interessati dalla disposizione sugli appalti riservati, tuttavia, gli spazi di apertura per introdurre considerazioni di ordine sociale nella materia degli appalti pubblici sono certamente maggiori rispetto al passato. Le norme più recenti, infatti, si inseriscono in un progetto più ampio, dal quale emerge chiaramente il mutato atteggiamento delle istituzioni comunitarie, meno attente allo stringente rispetto delle regole economiche della concorrenza e molto più sensibili all'utilizzo (anche) degli appalti pubblici, pur nel rispetto dei principi generali, come leva per una politica sociale sempre più ampia³⁵.

Riferimenti bibliografici

- ALLAMPRESE A., ORLANDINI G. (2014), *Le norme di rilievo lavoristico nella nuova direttiva sugli appalti pubblici*, in *RGL*, I, 169 ss.
- CERBO P. (2010), *Appalti pubblici e dignità umana fra tutela della concorrenza e considerazioni sociali*, in *Dignità e diritto nei rapporti economico-sociali*, Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università Cattolica del Sacro Cuore – sede di Piacenza, n. 3,

³⁵ Qualificata come «*integrazione sociale avanzata*» da VARVA, 2016, 54 ovvero finalizzata ad «*obiettivi sociali aggiuntivi*» secondo SCARPELLI, 2011, 308.

<http://dipartimenti.unicatt.it/scienze giuridiche-tutte-le-pubblicazioni-dignita-e-diritto-nei-rapporti-economico-sociali>, 21 ss.

- GAROFALO C. (2016), *I soggetti svantaggiati nella normativa europea e interna*, in BROLLO M., CESTER C., MENGHINI L. (a cura di), *Legalità e rapporti di lavoro*, EUT, 19 ss.
- GAROFALO D. (2009), *La nozione di svantaggio occupazionale*, in *DLM*, 569 ss.
- LEONE G. (2013), *Commento sub art. 52 (appalti riservati)*, in PERFETTI L.R. (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, Ipsoa, 771 ss.
- SCARPELLI F. (2011), *La dimensione sociale nella regolazione degli appalti pubblici*, in CARINCI M.T., CESTER C., MATTAROLO M.G., SCARPELLI F. (a cura di), *Tutela e sicurezza del lavoro negli appalti privati e pubblici. Inquadramento giuridico ed effettività*, Utet, 307 ss.
- PASQUARELLA V. (2017), *Gli strumenti di inclusione sociale di disabili e svantaggiati: dagli affidamenti "preferenziali" tramite convenzioni agli appalti "riservati"*, in questo volume.
- VARVA S. (2011), *Requisiti di partecipazione, criteri di scelta, condizioni di esecuzione*, in CARINCI M.T., CESTER C., MATTAROLO M.G., SCARPELLI F. (a cura di), *Tutela e sicurezza del lavoro negli appalti privati e pubblici. Inquadramento giuridico ed effettività*, Utet, 347 ss.
- VARVA S. (2014), *Il lavoro negli appalti pubblici*, in AIMO M., IZZI D. (a cura di), *Esternalizzazioni e tutela dei lavoratori*, Utet, 193 ss.
- VARVA S. (2016), *Promozione dei soggetti svantaggiati negli appalti pubblici. La regolazione locale e la direttiva 2014/24/UE*, in *LD*, 53 ss.