



COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE

Bruxelles, 15.10.2001
COM(2001) 566 definitivo

COMUNICAZIONE INTERPRETATIVA DELLA COMMISSIONE

**sul diritto comunitario degli appalti pubblici e
le possibilità di integrare aspetti sociali negli appalti pubblici**

INDICE

SOMMARIO	3
INTRODUZIONE.....	4
I APPALTI OGGETTO DELLE DIRETTIVE SUGLI APPALTI PUBBLICI	6
1.1. Definizione dell'oggetto dell'appalto	6
1.2. Specifiche tecniche.....	7
1.3. Selezione dei candidati o offerenti.....	9
1.3.1. Esclusione di candidati o offerenti per inosservanza di una legislazione sociale	10
1.3.2. Considerazione di aspetti sociali all'atto dell'accertamento della capacità tecnica dei candidati o offerenti	11
1.4. Aggiudicazione dell'appalto	12
1.4.1. Il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa	13
1.4.2. Il « criterio addizionale »	15
1.5. Offerte anormalmente basse.....	15
1.6. Esecuzione dell'appalto	16
II APPALTI PUBBLICI CHE NON SONO OGGETTO DELLE DIRETTIVE	17
III DISPOSIZIONI IN MATERIA SOCIALE APPLICABILI AGLI APPALTI PUBBLICI.....	19
3.1 Introduzione	19
3.2 Determinazione delle condizioni di lavoro applicabili	20
3.2.1 I limiti posti dal diritto comunitario all'applicazione delle disposizioni nazionali....	21
3.2.1.1 Il Trattato.....	21
3.2.1.2. Disposizioni di diritto derivato particolarmente rilevanti in materia di appalti pubblici	22

SOMMARIO

- L'obiettivo della presente comunicazione, che fa seguito alla Comunicazione della Commissione su "Gli appalti pubblici nell'Unione europea" dell'11 marzo 1998¹ è di chiarire l'insieme delle possibilità offerte dal diritto comunitario in vigore di integrare aspetti sociali negli appalti pubblici. La presente Comunicazione si inserisce parimenti nell'ambito delle azioni annunciate nell'Agenda della politica sociale, adottata in occasione del Consiglio di Nizza nel dicembre 2000². Detta Agenda è un elemento dell'approccio europeo integrato che mira al rinnovamento sociale ed economico descritto a Lisbona e che cerca di garantire, in particolare, un'interazione positiva e dinamica delle politiche economiche, sociali e dell'impiego, che si rinforzano vicendevolmente.
- L'introduzione di altre possibilità, ed in particolare l'applicazione di prassi che superino le regole attualmente contenute nelle direttive sugli appalti pubblici richiederebbe l'intervento del legislatore comunitario.
- Tutte le regole nazionali pertinenti, in vigore in campo sociale, ivi comprese quelle che recepiscono la normativa comunitaria in materia, vincolano le amministrazioni aggiudicatrici, a condizione che le stesse siano compatibili con il diritto comunitario. Ci si riferisce, in particolare, alle disposizioni relative ai diritti dei lavoratori e alle condizioni di lavoro.
- Il mancato rispetto di determinati obblighi sociali può, in certe situazioni, comportare l'esclusione degli offerenti. Gli Stati membri sono liberi di determinare quali siano dette situazioni.
- È soprattutto nella fase di esecuzione, vale a dire successivamente all'aggiudicazione, che un appalto pubblico può costituire uno strumento con cui le amministrazioni aggiudicatrici possono incoraggiare il perseguimento di obiettivi sociali. Esse hanno, infatti, la possibilità di imporre al titolare del contratto l'osservanza di clausole contrattuali relative alla modalità di esecuzione del contratto e che siano compatibili con il diritto comunitario. Dette clausole possono comprendere delle misure a favore di alcune categorie di persone e delle azioni positive per l'occupazione.
- Le direttive sugli appalti pubblici offrono, peraltro, diverse possibilità di prendere in considerazione in vario modo, nel corso della procedura di aggiudicazione, aspetti sociali relativi ai prodotti o alle prestazioni richieste, in particolare all'atto della definizione delle specifiche tecniche e dei criteri di selezione.
- Per quanto concerne gli appalti non oggetto delle direttive, gli acquirenti pubblici sono liberi di perseguire obiettivi sociali nell'ambito dei rispettivi appalti pubblici, nei limiti del rispetto delle norme e dei principi generali del Trattato CE. Spetta agli Stati membri decidere se le amministrazioni aggiudicatrici possano o debbano perseguire simili obiettivi attraverso lo strumento degli appalti pubblici.

¹ COM (98) 143.

² "Verso una nuova agenda per la politica sociale", COM (2000) 379 del 28.6.2000.

INTRODUZIONE

La presente comunicazione, che fa seguito alla *Comunicazione sugli appalti pubblici* dell'11 marzo 1998, intende chiarire l'insieme delle possibilità offerte dal diritto comunitario attualmente in vigore, di integrare aspetti sociali nelle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici. In tale prospettiva, la presente comunicazione dovrebbe permettere di integrare in maniera ottimale i diversi aspetti sociali negli appalti pubblici e contribuire, in tal modo, allo sviluppo sostenibile, concetto che coniuga la crescita economica, il progresso sociale e il rispetto dell'ambiente.

La politica degli appalti pubblici è una delle componenti della politica del mercato interno. In questo contesto, le direttive nella materia³ sono volte a garantire « la realizzazione della libera circolazione delle merci » nonché « la realizzazione di una libertà di stabilimento e di una libera prestazione dei servizi effettive in materia di appalti pubblici »⁴. La realizzazione di questi obiettivi richiede il coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, necessario per assicurare un'aggiudicazione concorrenziale e non discriminatoria delle gare d'appalto e l'allocatione ottimale delle risorse pubbliche attraverso la scelta della migliore offerta. Le amministrazioni aggiudicatrici⁵ devono quindi essere in condizione di ottenere il miglior rapporto qualità/prezzo, pur rispettando alcune regole, segnatamente in riferimento alla selezione dei candidati secondo esigenze oggettive, e all'aggiudicazione dell'appalto unicamente in base al prezzo ovvero in virtù dell'offerta economicamente più vantaggiosa fondata su una serie di criteri oggettivi.

La politica del mercato interno può essere attuata perseguendo, al contempo, altri obiettivi, tra cui quelli che attengono alla politica sociale.

La politica sociale ha svolto un ruolo fondamentale nella costruzione della potenza economica dell'Europa, grazie all'elaborazione di un modello sociale unico nel suo genere⁶. Progresso economico e coesione sociale, accompagnati da un elevato livello di tutela e miglioramento della qualità ambientale, sono i pilastri complementari dello sviluppo sostenibile e sono al centro del processo d'integrazione europea. Accrescere il tenore di vita, promuovere un elevato livello di occupazione e di protezione sociale, migliorare le condizioni di vita e di lavoro e promuovere la qualità della vita sono tutti obiettivi dell'Unione europea⁷. L'Agenda per la politica sociale, adottata dal Consiglio di Nizza nel dicembre 2000, costituisce un elemento dell'approccio integrato europeo che punta al rinnovamento economico e sociale già discusso a Lisbona. Si tratta di una strategia volta, in particolare, a garantire un'interazione positiva e dinamica delle politiche economica, sociale e

³ Direttiva del Consiglio 92/50/CEE del 18.6.1992 che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, direttiva del Consiglio 93/36/CEE del 14.6.1993 che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e direttiva del Consiglio 93/37/CEE del 14.6.1993 che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, modificate dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 97/52/CE; direttiva del Consiglio 93/38/CEE del 14.6.1993 che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto, nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni, modificata dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 98/04/CE.

⁴ Questo obiettivo « esige la trasparenza delle procedure e pratiche di aggiudicazione degli appalti pubblici, al fine di rafforzare la vigilanza sul rispetto del divieto di restrizioni e ridurre nel contempo la disparità delle condizioni di concorrenza tra cittadini degli Stati membri » (6° considerando della direttiva del Consiglio 89/440/CEE del 18.7.1989 che modifica la direttiva 71/305/CEE che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici, GU L 210/1 del 21.7.1989).

⁵ Ai fini della presente Comunicazione, il termine "amministrazione aggiudicatrice" si intende come comprendente egualmente gli "enti aggiudicatori" ai sensi della direttiva 93/38/CEE, salvo precisazione contraria.

⁶ Prefazione della comunicazione sull'Agenda per la politica sociale, precitata.

⁷ Comunicazione della Commissione "Promozione delle norme fondamentali del lavoro e miglioramento della governance sociale nel quadro della globalizzazione", COM(2001) 416 del 13.7.2001.

dell'occupazione e a creare un consenso politico che mobiliti tutti gli attori chiave chiamati ad operare di concerto per la realizzazione del nuovo obiettivo strategico⁸.

Il Trattato di Amsterdam indica, peraltro, tra le priorità dell'Unione europea, l'eliminazione delle disuguaglianze e la promozione delle pari opportunità tra uomini e donne in tutte le politiche e attività dell'Unione europea. Inoltre, il trattato sottolinea, all'articolo 13, la necessità di combattere ogni forma di discriminazione⁹. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, adottata solennemente a Nizza, ribadisce l'obiettivo dell'Unione di integrare pienamente i diritti fondamentali in tutte le sue politiche e azioni¹⁰.

Le direttive sugli appalti pubblici attualmente in vigore non contengono alcuna disposizione specifica concernente il perseguimento di obiettivi di politica sociale nel quadro della procedura di aggiudicazione di appalti pubblici¹¹. La Commissione, come già affermato nella citata comunicazione del 1998, ritiene tuttavia che l'attuale diritto comunitario degli appalti pubblici offra una serie di possibilità che, se correttamente sfruttate, consentono di realizzare tale scopo.

L'espressione « aspetti sociali » utilizzata nella presente Comunicazione si riferisce ad accezioni e sfere estremamente diverse. Può indicare al contempo misure che garantiscono il rispetto dei diritti fondamentali, dei principi di parità di trattamento e di non discriminazione (ad esempio tra uomini e donne), legislazioni nazionali in campo sociale nonché le direttive comunitarie che regolano la materia¹². Nell'espressione « aspetti sociali » rientrano altresì i concetti di clausole preferenziali (ad esempio in materia di reinserimento delle persone sfavorite o escluse dal mercato del lavoro, di azioni o discriminazioni positive in particolare nel quadro della lotta alla disoccupazione o all'esclusione sociale).

La presente comunicazione intende precisare le possibilità offerte dal diritto comunitario degli appalti pubblici, onde poter tenere in massima considerazione gli aspetti sociali nel quadro di detti appalti. Questa comunicazione segue le varie fasi della procedura di aggiudicazione degli appalti e precisa, per ciascuna di queste fasi, se ed in quale misura possano essere presi in considerazione aspetti sociali.

⁸ Prefazione della citata comunicazione sull'Agenda per la politica sociale.

⁹ L'articolo 13 fa riferimento ad ogni tipo di discriminazione fondata sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni, un handicap, l'età o l'orientamento sessuale.

¹⁰ Citata comunicazione sulle norme fondamentali del lavoro, parte 3.

¹¹ Gli unici riferimenti espliciti a disposizioni di natura sociale compaiono agli articoli 23 della direttiva 93/37/CEE, 28 della direttiva 92/50/CEE e 29 della direttiva 93/38/CEE. D'altra parte l'articolo 9 della direttiva 93/37/CEE, prevede una speciale procedura di attribuzione per la progettazione e la costruzione di alloggi sociali. Tale disposizione, la cui origine risale agli anni settanta, aveva come unico scopo quello di consentire agli Stati membri di prevedere la possibilità di aggiudicare un appalto di costruzione di alloggi sociali ad un contraente unico che si occupasse sia della progettazione che della costruzione. Le altre disposizioni pertinenti della direttiva, si applicano comunque.

¹² Esiste, infatti, a livello comunitario, un insieme di testi legislativi che trovano applicazione anche nel settore degli appalti pubblici. In particolare, si tratta di testi in materia di sicurezza e salute sul lavoro (per esempio, la direttiva del Consiglio 89/391/CEE, del 12.6.1989, concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori durante il lavoro, GU L 183/1 del 29.6.1989, oppure la direttiva 92/57/CEE del 24.6.1992 riguardante le prescrizioni minime di sicurezza e di salute da attuare nei cantieri temporanei o mobili), condizioni di lavoro e applicazione del diritto del lavoro (per esempio, la direttiva 96/71/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 16.12.1996 relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi, GU L 018/1 del 21.1.1997) e mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di "trasferimenti di imprese" (direttiva 2001/23/CE del 12.3.2001 concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di imprese o di stabilimenti, GU L 82/16 del 22.3.2001, che codifica la direttiva 77/187/CEE).

È opportuno ricordare che in ogni caso l'interpretazione in ultima istanza del diritto comunitario è compito che spetta alla Corte di giustizia europea.

In presenza di elementi tali da far ritenere che l'attuale regime degli appalti pubblici non consente di tenere adeguatamente conto degli aspetti sociali, sarebbe necessario apportare delle modifiche alle direttive sugli appalti pubblici. Va osservato che nelle proposte di modifica di queste direttive, adottate dalla Commissione il 10 maggio 2000, sono esplicitamente menzionate delle condizioni di esecuzione di un appalto finalizzate alla promozione dell'occupazione delle persone svantaggiate o escluse, o alla lotta contro la disoccupazione¹³.

I APPALTI OGGETTO DELLE DIRETTIVE SUGLI APPALTI PUBBLICI

1.1. Definizione dell'oggetto dell'appalto

La prima opportunità offerta ai fini della considerazione di aspetti sociali in un appalto pubblico è nella fase che precede l'applicazione delle direttive in materia, vale a dire quella che riguarda la scelta dell'oggetto dell'appalto o, in termini più semplici, la questione del "cosa desidero costruire o acquistare in quanto autorità pubblica?". In questa fase l'amministrazione aggiudicatrice è assolutamente libera di prendere in considerazione aspetti sociali e scegliere un prodotto o un servizio rispondente ai propri obiettivi sociali. Se e in che misura ciò avvenga effettivamente dipende essenzialmente dal livello di consapevolezza e dalle conoscenze dell'amministrazione.

Come precisato dalla Commissione nella sua comunicazione sul diritto comunitario degli appalti pubblici e le possibilità di integrare considerazioni di carattere ambientale nei suddetti appalti, tali possibilità variano secondo la tipologia dell'appalto¹⁴. Ciò vale anche per l'integrazione di aspetti sociali. Ed è nel quadro degli appalti pubblici di lavori e di servizi, che offrono la possibilità di imporre una determinata modalità di esecuzione, che l'amministrazione aggiudicatrice potrà tenere conto in maggior misura delle proprie esigenze in materia sociale. Negli appalti pubblici di forniture, al di là della scelta fondamentale circa l'oggetto dell'appalto ("cosa voglio acquistare?"), le possibilità di tener conto di aspetti sociali sono più limitate. L'amministrazione aggiudicatrice potrà ad esempio decidere di acquistare beni o servizi volti a soddisfare le specifiche esigenze di una data categoria di persone, in particolare persone svantaggiate o escluse¹⁵. A questo proposito, va osservato che gli appalti di servizi con finalità sociale hanno per lo più ad oggetto i servizi indicati all'allegato IB della direttiva 92/50/CEE o all'allegato XVIB della direttiva 93/38/CEE, e sfuggono per questo all'applicazione delle

¹³ V. il considerando 22 della proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, di servizi e di lavori, COM 2000/0275 def. (GUCE C 029 E del 30.1.2001, p. 11-111), che si ricollega all'articolo 23.3 della proposta. V. altresì il considerando 32 della proposta di direttiva relativa al coordinamento delle procedure di appalto degli enti erogatori di acqua, di energia e degli enti che forniscono servizi di trasporto COM 2000/0276 def. (GUCE C 029 E del 30.1.2001, p. 112-188), che si ricollega all'articolo 33, paragrafo 3 della proposta.

¹⁴ V. il paragrafo sulla definizione dell'oggetto dell'appalto della comunicazione interpretativa sul diritto comunitario degli appalti pubblici e le possibilità di integrare considerazioni di carattere ambientale nei suddetti appalti, COM(2001) 274 def. adottata dalla Commissione il 4.7.2001.

¹⁵ Alcuni appalti di servizi, in quanto rivolti ad una certa categoria sociale, rispondono a una finalità sociale (ad esempio, gli appalti di formazione a beneficio dei disoccupati di lunga durata). Si può inoltre citare il caso degli appalti concernenti l'acquisto di materiali o servizi informatici adattati alle esigenze dei disabili.

dettagliate norme procedurali delle direttive, in particolare le norme in materia di selezione e aggiudicazione¹⁶ (v. *infra*, capitolo II, ultimo paragrafo).

Esistendo differenti soluzioni atte a rispondere ai bisogni dell'amministrazione aggiudicatrice, quest'ultima é quindi libera di definire contrattualmente l'oggetto dell'appalto che considera meglio corrispondere alle sue preoccupazioni in materia sociale, eventualmente facendo ricorso all'utilizzo di varianti (v. *infra*, parte 1.2).

Non si tratta, tuttavia, di una libertà illimitata. L'amministrazione aggiudicatrice deve, in quanto ente pubblico, conformarsi alle norme e ai principi generali del diritto comunitario, in particolare i principi concernenti la libera circolazione delle merci e la libera prestazione dei servizi di cui agli articoli 28-30 (ex 30-36) e 43-55 (ex 52-66) del Trattato CE¹⁷.

Di conseguenza, la definizione dell'oggetto di un appalto pubblico non potrà avere come obiettivo, né come risultato, quello di riservare l'accesso all'appalto a imprese nazionali, penalizzando in tal modo gli offerenti di altri Stati membri.

Anche la legislazione in vigore, in materia sociale o meno, tanto comunitaria che nazionale, e purché la stessa sia compatibile con il diritto comunitario può limitare o influenzare detta libertà di scelta.

In generale, qualsiasi amministrazione aggiudicatrice è libera, nel definire i prodotti o i servizi che intende acquistare, di scegliere di acquistare beni, servizi o opere che rispondano alle proprie esigenze in materia sociale, compresa la considerazione di varianti, a condizione che tale scelta non dia luogo a restrizioni di accesso all'appalto in questione, a danno degli offerenti di altri Stati membri.

Le direttive sugli appalti pubblici si applicano comunque, a prescindere dalla destinazione dell'appalto ad uso "sociale", ad esempio nel caso della costruzione di scuole, ospedali o case di riposo, dal momento che l'aggiudicazione di detti appalti deve seguire le norme stabilite da tali direttive, per il solo fatto che essi rientrano nel loro campo d'applicazione.

La scelta dell'oggetto dell'appalto operata dall'amministrazione aggiudicatrice si traduce inizialmente in una serie di specifiche tecniche.

1.2. Specifiche tecniche

Come precisato dalla Commissione nella citata comunicazione sull'integrazione di considerazioni di ordine ambientale negli appalti pubblici¹⁸, le direttive sugli appalti pubblici¹⁹ contengono una serie di disposizioni relative alle norme tecniche le quali

¹⁶ Ad esempio i servizi sociali e sanitari, i servizi d'istruzione e formazione professionale o ancora i servizi ricreativi e culturali. I servizi di cui all'allegato IB della direttiva 92/50/CEE e all'allegato XVI B della direttiva 93/38/CEE sono soggetti unicamente alle disposizioni delle direttive sugli appalti pubblici in materia di specifiche tecniche e di pubblicazione dell'avviso di aggiudicazione. L'aggiudicazione di appalti aventi ad oggetto servizi di questi tipo, è comunque soggetta alle disposizioni del Trattato, in particolare a quelle in materia di trasparenza e di parità di trattamento degli offerenti.

¹⁷ Comunicazione al Consiglio ed al Parlamento europeo sul Mercato unico e l'ambiente. COM (1999) 263 def. dell'8.6.1999, p. 8 e 9.

¹⁸ Cfr. il paragrafo II, punto 1 della comunicazione citata in cui la Commissione precisa il concetto di "specifiche tecniche" ai sensi delle direttive sugli appalti pubblici.

¹⁹ V. gli articoli 14 della direttiva 92/50/CEE, 8 della direttiva 93/36/CEE, 10 della direttiva 93/37/CEE, e 18 della direttiva 93/38/CEE.

stabiliscono che le specifiche tecniche cui si devono conformare le forniture, i servizi o i lavori richiesti devono essere indicate nei documenti generali o nel capitolato d'oneri relativi a ciascun appalto.

Ai sensi delle direttive sugli appalti pubblici, le amministrazioni aggiudicatrici hanno la possibilità di prescrivere delle specifiche tecniche atte a delimitare con maggior precisione l'oggetto dell'acquisto o della prestazione, sempre che esse siano formulate conformemente alle indicazioni di cui alle direttive, e non abbiano l'effetto di eliminare o favorire un offerente²⁰.

Nella citata comunicazione, la Commissione precisa, in particolare, che le disposizioni delle direttive sugli appalti pubblici in materia di specifiche tecniche si applicano fatte salve le norme tecniche nazionali obbligatorie compatibili con il diritto comunitario²¹. Tali norme possono, ad esempio, rispondere ad esigenze concernenti la sicurezza dei prodotti, la tutela della salute e dell'igiene o l'accesso da parte dei disabili a edifici, mezzi di trasporto pubblico (ad esempio criteri di accessibilità riguardanti la larghezza dei corridoi e delle porte, l'adeguamento dei servizi igienici, la predisposizione di scivoli d'accesso) o a certi prodotti e servizi (ad esempio nel settore delle tecnologie dell'informazione)²².

In materia di appalti di lavori, per esempio, le amministrazioni aggiudicatrici sono tenute all'osservanza delle disposizioni della direttiva 92/57/CEE in materia di prescrizioni minime di sicurezza e di salute nei cantieri²³. Questa direttiva influisce sull'organizzazione tecnica dei cantieri e può dar luogo all'inserimento, nel capitolato d'oneri, di una serie di prescrizioni tecniche riferite ad un particolare appalto, atte a garantire la tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori sul cantiere, nonché dei terzi. Tali prescrizioni comprendono misure volte a prevenire gli incidenti sul lavoro, come, ad esempio, la segnalazione e lo stoccaggio dei prodotti pericolosi o la definizione di un piano di circolazione delle macchine.

Oltre a queste specifiche che incorporano una normativa in materia sociale, esistono anche esempi di specifiche tecniche a connotazione sociale che hanno la finalità di caratterizzare oggettivamente un prodotto o una prestazione²⁴.

Le amministrazioni aggiudicatrici possono richiedere, in particolare, che i prodotti oggetto dell'appalto siano fabbricati con una certa tecnica di produzione laddove questa caratterizzi il prodotto rispetto ad altri prodotti concorrenti, e in modo che essi rispondano alle esigenze dell'amministrazione aggiudicatrice²⁵. Quanto all'utilizzo di

²⁰ V. a questo proposito gli articoli 8.6 della direttiva 93/36/CEE, 10.6 della direttiva 93/37/CEE, 14.6 della direttiva 92/50 e 18.5 della direttiva 93/38/CEE.

²¹ Con ciò si richiede che esse siano fondamentalmente conformi alla giurisprudenza della Corte in materia di misure d'effetto equivalente alle restrizioni quantitative.

²² L'iniziativa e-Europe, allo scopo di realizzare l'obiettivo di una "società dell'informazione per tutti", invita le amministrazioni aggiudicatrici ad assicurare ai soggetti con particolari esigenze il più ampio accesso alle tecnologie dell'informazione, e ad adottare gli orientamenti dell'iniziativa "Accessibilità del Web" per i siti Internet.

²³ Questa direttiva obbliga le amministrazioni aggiudicatrici a prendere in considerazione la sicurezza e la salute dei lavoratori sui cantieri in sede sia di aggiudicazione che di esecuzione dei rispettivi appalti di lavori.

²⁴ Per esempio, l'acquisto di materiali o servizi informatici adeguati alle necessità dei non vedenti. Simili esigenze servono a definire le caratteristiche tecniche del prodotto e hanno dunque diretto riferimento all'oggetto dell'appalto.

²⁵ Come precisato nella citata comunicazione sulle possibilità di integrare considerazioni di ordine ambientale negli appalti pubblici, le esigenze che non abbiano alcun rapporto con il prodotto o la prestazione in sé come ad esempio un'esigenza che si riferisca alla modalità di gestione di un'impresa, non costituiscono specifiche tecniche ai sensi delle direttive sugli appalti pubblici e non possono dunque essere oggetto di prescrizione. A titolo esemplificativo, esigenze riguardanti l'utilizzazione di carta riciclata negli uffici del contraente, o l'utilizzo di una specifica tecnica di smaltimento dei rifiuti nei locali del contraente, o ancora l'assunzione di personale appartenente a categorie di persone determinate (minoranze etniche, disabili, donne), non possono essere considerate delle specifiche tecniche.

« marchi sociali » che certifichino la capacità « sociale » di un'impresa, si rimanda al paragrafo 1.3.2 della presente comunicazione²⁶.

Le amministrazioni aggiudicatrici hanno inoltre la possibilità di prendere in considerazione la presentazione di varianti²⁷ che consentano loro di scegliere l'opzione che meglio risponda alle rispettive esigenze di natura finanziaria e sociale e soddisfi, al contempo, i requisiti minimi di cui al capitolato d'onere. Le varianti potranno riguardare, ad esempio, varie soluzioni tecniche riferite alle caratteristiche ergonomiche di un prodotto o atte a garantire la fruibilità da parte dei disabili di materiali o servizi, tra cui gli strumenti e i servizi forniti "on line" o aventi carattere elettronico e informatico.

1.3. Selezione dei candidati o offerenti

Le direttive prevedono essenzialmente due serie di norme in materia di selezione.

Le direttive contengono da una parte un elenco *tassativo* dei casi in cui la situazione personale di un candidato o offerente può comportarne l'esclusione dalla procedura di aggiudicazione dell'appalto, che riguardano essenzialmente lo stato di fallimento, le condanne penali, la colpa professionale grave o il mancato pagamento di prelievi obbligatori. Le cause d'esclusione sono di rigida interpretazione anche se l'applicazione di tali disposizioni da parte delle amministrazioni aggiudicatrici rimane facoltativa.

D'altra parte, le direttive stabiliscono che l'accertamento dell'idoneità degli offerenti o candidati a partecipare ad appalti o a presentare offerte deve avvenire sulla base di criteri fondati sulla capacità economica, finanziaria o tecnica degli stessi²⁸. Le direttive riportano un elenco tassativo e imperativo dei criteri di selezione qualitativa, vale a dire i criteri attinenti alla capacità tecnica, economica e finanziaria, che possono motivare la scelta dei candidati o offerenti²⁹. Criteri di selezione diversi da quelli stabiliti dalle direttive non sarebbero pertanto conformi all'attuale normativa.

Nella causa *Beentjes* summenzionata, la Corte ha stabilito che una condizione relativa all'impiego di disoccupati di lunga durata non riguardava l'accertamento dell'idoneità degli offerenti in base alla capacità economica, finanziaria e tecnica degli stessi (punto 28 della sentenza)³⁰. A tale proposito, la Commissione fa notare che le amministrazioni aggiudicatrici, avendo la facoltà di imporre condizioni di esecuzione dell'appalto, possono introdurre in questa fase una condizione relativa all'impiego di disoccupati di lunga durata (v. *infra*, paragrafo 1.6).

²⁶ Allo stato attuale, un « marchio sociale » che certifichi la capacità « sociale » di un'impresa non può essere considerato una "specifica tecnica" ai sensi delle direttive sugli appalti pubblici.

²⁷ Tutte le direttive sugli appalti pubblici prevedono per le amministrazioni aggiudicatrici, qualora il criterio adottato sia quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la possibilità di valutare varianti proposte da un offerente che rispondano alle esigenze minime precisate dall'amministrazione aggiudicatrice. Le amministrazioni aggiudicatrici sono infatti tenute a evidenziare nel capitolato d'onere le specifiche tecniche minime che le varianti dovranno rispettare oltre alle esigenze particolari che queste ultime dovranno soddisfare. Nel caso in cui non vengano accettate varianti, le amministrazioni aggiudicatrici dovranno indicarlo nel bando di gara (articoli 24 della direttiva 92/50/CEE, 16 della direttiva 93/36/CEE, 19 della direttiva 93/37/CEE e 34.3 della direttiva 93/38/CEE).

²⁸ Articoli 15 della direttiva 93/36/CEE, 18 della direttiva 93/37/CEE, 23 della direttiva 92/50/CEE e 31.1 della direttiva 93/38/CEE.

²⁹ Nella sentenza 20.9.1988, causa 31/87, *Beentjes*, la Corte ha infatti precisato che dalle disposizioni delle direttive sugli appalti pubblici risulta « che le amministrazioni aggiudicatrici possono effettuare l'accertamento dell'idoneità degli imprenditori soltanto in base a criteri fondati sulla capacità economica, finanziaria e tecnica degli stessi » (punto 17 della sentenza).

³⁰ Analogamente, un criterio basato sulla buona reputazione dei titolari di imprese, nella misura in cui esso « costituisce un mezzo di prova diverso da quelli limitativamente autorizzati dalla direttiva » (71/305/CEE) in materia di capacità economica e finanziaria delle imprese, è stato respinto dalla Corte nella sentenza 10 febbraio 1982, causa 76/81, *Transporoute* (punti 9 e 10).

Per quanto concerne la capacità economica e finanziaria, le direttive fanno riferimento a vari elementi che possono fornire la prova della capacità dei candidati o offerenti relativamente ad un determinato appalto. L'elenco di tali elementi non è limitativo. Tuttavia, qualsiasi altra referenza richiesta dall'amministrazione aggiudicatrice deve essere « probante », vale a dire atta a dimostrare l'idoneità, da un punto di vista essenzialmente economico e finanziario, degli offerenti relativamente ad uno specifico appalto³¹. Le referenze che possono attualmente essere richieste al fine di valutare la capacità economica e finanziaria degli offerenti non sono in alcun modo riconducibili ad elementi di natura sociale.

Per quanto concerne la prova della capacità tecnica, le norme delle direttive consentono di tener conto, in una certa misura, di aspetti sociali. Le possibilità previste da tali norme sono illustrate in seguito (v. *infra*, paragrafo 1.3.2).

Le direttive specificano³² che le informazioni necessarie ad accertare la capacità sia economica e finanziaria che tecnica del candidato o offerente, devono limitarsi all'oggetto dell'appalto.

Nei « settori speciali », il potere di valutazione degli enti aggiudicatori in materia è più ampio nella misura dal momento che l'art. 31, primo comma, della direttiva 93/38/CEE impone soltanto l'uso di « norme e criteri obiettivi » preventivamente definiti e comunicati ai candidati o offerenti interessati.

1.3.1. *Esclusione di candidati o offerenti per inosservanza di una legislazione sociale*

Nella citata comunicazione del 1998, la Commissione ha ricordato che le direttive sugli appalti pubblici attualmente in vigore contengono disposizioni che nella fase di selezione consentono l'esclusione di candidati o offerenti « che violano le normative sociali, ivi incluse quelle relative alla parità di possibilità ».

Da una parte, le direttive consentono l'esclusione, dalla partecipazione ad un appalto, di un offerente «il quale non abbia adempiuto agli obblighi riguardanti il pagamento dei contributi di sicurezza sociale conformemente alle disposizioni legislative del paese in cui è stabilito o di quello dell'amministrazione»³³.

Dall'altra, le direttive consentono l'esclusione dalla partecipazione ad un appalto di qualunque offerente «il quale sia stato condannato per un reato relativo alla condotta professionale, con sentenza passata in giudicato» o «il quale si sia reso responsabile di gravi violazioni dei doveri professionali, provate con qualsiasi elemento documentabile dall'amministrazione »³⁴.

Un offerente che sia stato condannato con sentenza passata in giudicato per violazione della normativa nazionale, per esempio, in materia di divieto di lavoro in

³¹ V. in questo senso la sentenza *Transporoute* citata, al punto 9.

³² V. ad esempio l'articolo 32.4 della direttiva 92/50/CEE.

³³ V. gli articoli 20 e) della direttiva 93/36/CEE, 24 e) della direttiva 93/37/CEE, cui fa riferimento l'articolo 31.2 della direttiva 93/38/CEE, e l'articolo 29 e) della direttiva 92/50/CEE.

³⁴ V. gli articoli 20 c) e d) della direttiva 93/36/CEE, 24 c) e d) della direttiva 93/37/CEE, cui fa riferimento l'articolo 31.2 della direttiva 93/38/CEE, e l'articolo 29 c) e d) della direttiva 92/50/CEE.

nero, può essere escluso dalla procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico conformemente alle citate disposizioni³⁵.

Le direttive inoltre permettono alle amministrazioni aggiudicatrici, negli Stati membri che hanno introdotto nelle propria normative nazionale disposizioni in tal senso, di escludere dalla procedura di aggiudicazione di un appalto un candidato o offerente che non abbia rispettato le disposizioni di detta normativa.

È inoltre possibile ipotizzare casi di esclusione per gli offerenti che, violando una legislazione sociale, abbiano commesso una colpa professionale grave o un reato relativo alla condotta professionale. Tra queste cause di esclusione può esservi anche l'inosservanza di disposizioni in materia di parità di trattamento o di salute e sicurezza, oppure disposizioni a favore di certe categorie di persone³⁶. L'amministrazione aggiudicatrice potrà, ad esempio, escludere un offerente nazionale che abbia omesso di attuare misure finalizzate alla realizzazione delle pari opportunità previste dalla legislazione nazionale dello Stato dell'amministrazione, ammesso che in quello Stato membro l'inosservanza di tale legislazione costituisca colpa grave.

Il concetto di colpa professionale grave, in quanto tale, non è ancora definito né dalla legislazione europea, né dalla giurisprudenza³⁷. Spetta, pertanto, agli Stati membri determinare tale concetto nell'ambito della propria legislazione nazionale e, in particolare, decidere se l'inadempienza rispetto a certi obblighi sociali costituisca una colpa professionale grave.

1.3.2. Considerazione di aspetti sociali all'atto dell'accertamento della capacità tecnica dei candidati o offerenti

Le direttive sugli appalti pubblici stabiliscono i mezzi con cui può essere comprovata la capacità tecnica di un candidato o offerente. Esse riportano un elenco tassativo delle referenze o mezzi di prova che i candidati o offerenti possono essere tenuti a presentare al fine di dimostrare la propria idoneità, sotto il profilo tecnico, in funzione della natura, dell'entità e dell'obiettivo di un determinato appalto³⁸. Pertanto, qualsiasi requisito particolare relativo alla capacità tecnica del candidato o dell'offerente, stabilito dall'amministrazione aggiudicatrice, deve ricollegarsi ad una delle referenze menzionate nelle direttive.

L'obiettivo perseguito nella fase di selezione è la scelta degli offerenti che l'amministrazione aggiudicatrice ritiene capaci di realizzare l'appalto in questione. I vari requisiti devono dunque essere in diretto rapporto con l'oggetto dell'appalto in questione³⁹.

³⁵ Una condanna per violazione del divieto di impiegare lavoratori clandestini può comportare, in virtù dell'articolo L 362.-6.2 del codice del lavoro francese, l'esclusione temporanea (per cinque anni o più) ovvero definitiva dalla partecipazione ad appalti pubblici.

³⁶ In Spagna, la violazione della legislazione sull'impiego dei disabili costituisce una colpa professionale grave e può determinare l'esclusione dell'offerente in questione. In Francia, sono previsti una trentina di casi di esclusione per inosservanza della legislazione sul lavoro (che obbliga, ad esempio, le imprese con oltre 100 dipendenti ad assumere 2 disabili; l'imprenditore può essere multato dall'ispettorato del lavoro e ciò può giustificare l'esclusione da parte dell'amministrazione aggiudicatrice per colpa professionale grave).

³⁷ Relazione finale sullo studio Falcone relativo agli appalti pubblici e alla criminalità organizzata (1998) – Volume I: 24.5.1999 - Institute of Advanced Legal Studies – University of London.

³⁸ Articoli 23 della direttiva 93/36/CEE, 27 della direttiva 93/37/CEE e 32 della direttiva 92/50/CEE.

³⁹ L'articolo 32.2 della direttiva 92/50/CEE afferma chiaramente che queste esigenze devono essere determinate a seconda della natura, della quantità e dello scopo dei servizi da prestare.

In questa fase della selezione, l'amministrazione aggiudicatrice potrà richiedere delle referenze in merito all'esperienza e competenza degli offerenti⁴⁰. Essa potrà, ad esempio, verificare la composizione e l'organizzazione del personale dell'impresa, le relative attrezzature tecniche, il sistema di controllo della qualità, allo scopo di accertare che l'impresa in questione abbia le capacità, in termini di qualificazione del personale e di mezzi, per adempiere il contratto.

Laddove l'oggetto dell'appalto esiga una particolare competenza in materia « sociale », può essere legittimamente richiesta un'esperienza specifica in quanto criterio di capacità e conoscenza tecnica, atto a comprovare l'idoneità dei candidati⁴¹.

I mezzi di prova autorizzati dalle direttive sugli appalti pubblici⁴² consentono di tener conto della « capacità sociale » dell'impresa (talvolta definita anche come « responsabilità sociale »⁴³) soltanto nella misura in cui venga attestata anche l'idoneità tecnica dell'impresa, nel senso già chiarito, ad eseguire un determinato appalto.

1.4. Aggiudicazione dell'appalto

Una volta selezionati i candidati o gli offerenti, l'amministrazione aggiudicatrice entra nella fase di valutazione delle offerte che si conclude con l'aggiudicazione dell'appalto.

La selezione dei candidati o offerenti e l'aggiudicazione dell'appalto sono operazioni disciplinate da regole distinte.

Ai fini dell'aggiudicazione degli appalti pubblici, le direttive in materia⁴⁴ autorizzano due tipi di criteri, quello del prezzo più basso, che non necessita di commento, e quello dell'« offerta più vantaggiosa sotto il profilo economico ».

Laddove l'appalto venga attribuito sulla base dell'offerta economicamente più vantaggiosa, le direttive richiedono all'amministrazione aggiudicatrice di indicare, nel capitolato d'oneri o nel bando di gara, i criteri di aggiudicazione che prevede di

⁴⁰ Per gli appalti di servizi, la capacità dei prestatori di fornire servizi può venir valutata, in particolare, con riferimento alla loro competenza, efficienza, esperienza ed affidabilità (articolo 32.1 della direttiva 92/50/CEE). In tal senso, v. la sentenza Beentjes citata, punto 37.

⁴¹ Ad esempio, una specifica esperienza in materia di gestione di un nido d'infanzia, o di servizi di formazione per disoccupati di lunga durata.

⁴² Tra tutte le referenze che figurano nell'elenco tassativo delle direttive sugli appalti pubblici, volte a dimostrare la capacità tecnica di un offerente, possono essere menzionate in particolari le seguenti : (1) un elenco dei lavori eseguiti negli ultimi cinque anni, corredato da certificati di corretta esecuzione per i lavori più importanti, o un elenco dei principali servizi resi negli ultimi 3 anni ; (2) una descrizione delle attrezzature tecniche, delle misure adottate a garanzia della qualità oltre che dei mezzi di studio e di ricerca ; oppure (3) l'indicazione dei tecnici o degli uffici tecnici di cui il candidato può avvalersi ai fini dell'esecuzione dell'appalto, interni o meno all'impresa, in particolare di quelli responsabili del controllo della qualità.

⁴³ I termini « responsabilità » o « capacità sociale » sono indicativi di una tendenza secondo cui le imprese sono indotte sempre più ad integrare un numero crescente di aspetti sociali, etici (e ambientali) nella propria politica aziendale e d'investimenti, talvolta al di là della mera osservanza delle disposizioni legislative in materia sociale. Gli approcci in materia di responsabilità sociale delle imprese variano considerevolmente a seconda dei settori e delle diversità culturali nazionali, talvolta regionali. Nel Libro verde «Promuovere un quadro europeo per la responsabilità sociale delle imprese», COM(2001) 366 del 18.7.2001, la Commissione ha sottolineato l'importanza della responsabilità sociale delle imprese, in quanto suscettibile di contribuire in modo positivo alla realizzazione dell'obiettivo strategico di Lisbona (cfr. paragrafo 6 del Libro verde). Attraverso questo Libro verde la Commissione intende aprire un ampio dibattito circa le modalità in cui l'Unione europea potrebbe promuovere questa responsabilità sociale a livello sia europeo che internazionale (paragrafo 7). D'altra parte, attualmente stanno comparando sul mercato varie «etichette sociali» volontarie. Nel suo Libro verde sopra richiamato, la Commissione definisce il concetto di «etichetta sociale» come «una parola o un simbolo apposto su un prodotto al fine di influire sulla decisione di acquisto dei consumatori fornendo una garanzia in merito all'impatto sociale ed etico di un processo commerciale sulle altre parti interessate».

⁴⁴ Articoli 26 della direttiva 93/36/CEE, 30 della direttiva 93/37/CEE, 36 della direttiva 92/50/CEE e 34 della direttiva 93/38/CEE.

applicare, possibilmente secondo un ordine di importanza decrescente. Ne consegue che l'amministrazione aggiudicatrice è tenuta non solo a prevedere tutti i criteri che intende utilizzare ai fini della valutazione delle offerte, ma anche a non utilizzare, in sede di valutazione, criteri diversi da quelli riportati nel bando di gara o nel capitolato d'oneri.

1.4.1. Il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa

Le direttive sugli appalti pubblici forniscono un elenco esemplificativo di criteri su cui possono fondarsi le amministrazioni aggiudicatrici per individuare l'offerta più vantaggiosa sotto il profilo economico⁴⁵. Si possono comunque applicare anche altri criteri.

Ai sensi delle direttive sugli appalti pubblici i criteri da applicare per individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa devono soddisfare due condizioni: anzitutto, il rispetto del principio di non discriminazione⁴⁶, e in secondo luogo la certezza che i criteri applicati apportino un vantaggio economico all'amministrazione aggiudicatrice. La Corte di giustizia ha ribadito che l'obiettivo delle direttive è di escludere sia il rischio che gli offerenti o candidati nazionali siano preferiti nell'attribuzione di appalti da parte delle amministrazioni aggiudicatrici, sia la possibilità che un ente finanziato o controllato dallo Stato, dagli enti territoriali o da altri organismi di diritto pubblico si lasci guidare, nelle sue scelte, da considerazioni non economiche⁴⁷.

I criteri utilizzati per valutare le offerte debbono, in ogni caso, alla stregua di quelli sopra citati a titolo esemplificativo, fare riferimento alla natura o della prestazione oggetto dell'appalto, o alle sue modalità di esecuzione⁴⁸. Devono mettere l'amministrazione aggiudicatrice in condizione di confrontare le offerte in maniera obiettiva, al fine di individuare quella che meglio risponde alle proprie esigenze nel quadro di un determinato appalto. Un criterio di aggiudicazione deve consentire la valutazione delle qualità intrinseche di un prodotto o servizio.

I criteri di aggiudicazione devono dunque essere in diretto rapporto con l'oggetto dell'appalto o con le sue condizioni di esecuzione⁴⁹.

Tra i vari criteri riportati a titolo di esempio nelle direttive non compaiono i criteri sociali. Tuttavia, se per « criterio sociale » si intende un criterio che consente di valutare, ad esempio, la qualità di un servizio rivolto ad una certa categoria di persone svantaggiate⁵⁰, siffatto criterio è legittimo, nella misura in cui è volto ad individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi delle direttive.

⁴⁵ I criteri citati dalle direttive a titolo di esempio sono il prezzo, il termine di consegna e di esecuzione, il costo di utilizzazione, la redditività, la qualità, le caratteristiche estetiche e funzionali, il valore tecnico, il servizio post-vendita e l'assistenza tecnica.

⁴⁶ Un criterio che favorisse gli offerenti locali e tale da rendere più difficile la possibilità per i potenziali offerenti di altri Stati membri di vincere l'appalto e rendere i servizi oggetto dello stesso costituirebbe una restrizione alla libera prestazione di servizi ai sensi dell'articolo 49 (ex 59) del Trattato CE.

⁴⁷ Sentenza della Corte 3.10.2000, causa C-380/98 « Università di Cambridge », punto 17, nella quale la Corte cita le sentenze 15 gennaio 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria e a., causa C-44/96, Racc. pag. I-73, punto 33, e del 1.11.1998 BFI Holding, in causa C-360/96, Racc. p. I-6821, punti 42 e 43) ». V. altresì la sentenza 1.2.2001, causa C-237/99 Commissione contro Repubblica francese « HLM », punti 41 e 42.

⁴⁸ Conclusioni dell'Avvocato generale Darmon presentate il 4.5.1988 nel caso Bentjens precitato, punto 35.

⁴⁹ V., ad esempio, l'articolo 30.1 della direttiva 93/37/CEE. In tal senso, v. altresì le conclusioni dell'Avvocato generale Colomer pronunciate il 5 giugno 2001 nelle cause riunite C-285/99 e C-286/99, Lombardini, (nota n. 23 delle conclusioni).

⁵⁰ Nel quadro di un appalto di fornitura di servizi informatici a tutti i dipendenti di un comune, (servizi di cui all'allegato IA), un criterio relativo al metodo proposto dall'offerente per garantire, in ogni momento e in modo soddisfacente, un servizio di qualità

Al contrario, sarebbero incompatibili con le attuali direttive sugli appalti pubblici le quote di appalti riservate a certe categorie di fornitori⁵¹, o le preferenze di prezzo⁵². Ciò vale anche per i criteri fondati su una misura in base alla quale gli offerenti debbano assumere una certa categoria di persone o debbano varare un programma di promozione delle pari opportunità, in altri termini per quei criteri totalmente sganciati dall'oggetto di un determinato appalto o alle sue condizioni di esecuzione. Dei siffatti criteri, che non siano utili ai fini dell'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, rimangono esclusi dalle attuali direttive in considerazione dell'obiettivo ad esse assegnato, vale a dire valutare le qualità intrinseche di un prodotto o prestazione. L'applicazione di tali criterio sarebbe inoltre ritenuta incompatibile con gli impegni assunti dagli Stati membri nel quadro dell'Accordo sugli appalti pubblici (AAP) stipulato nell'ambito dell'Organizzazione mondiale del commercio⁵³.

Criteria che prendano in considerazione aspetti sociali possono 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 servizio oggetto dell'appalto⁵⁴.

Si pone, a questo punto, il problema di stabilire se, in virtù del concetto di "offerta economicamente più vantaggiosa", ciascuno dei criteri di aggiudicazione debba apportare un vantaggio economico diretto all'amministrazione aggiudicatrice, oppure se è sufficiente che ciascuno di essi sia misurabile in termini economici pur senza apportare un vantaggio economico diretto all'amministrazione aggiudicatrice in relazione all'acquisto oggetto dell'appalto.

Si tratta di una questione posta alla Corte di giustizia europea nella causa C-513/99, la cui sentenza è attesa per la fine del 2001. La sentenza, riguardante una vertenza in materia ambientale, potrebbe per analogia apportare elementi di chiarimento in materia di criteri sociali⁵⁵.

Sia nel Libro verde⁵⁶ che nella citata comunicazione sugli appalti pubblici⁵⁷, la Commissione ha chiaramente preso posizione a favore della prima interpretazione.

rispondente alle particolari esigenze dei soggetti portatori di handicap, può rientrare tra i criteri da valutare ai fini dell'individuazione dell'offerta più vantaggiosa.

⁵¹ Negli Stati Uniti il 20% degli appalti è riservato alle «small minority businesses», cioè alle imprese controllate da delle minoranze. Gli Stati Uniti hanno fatto inserire un'eccezione in tal senso nell'AMP.

⁵² Ipotesi nella quale alcune categorie di offerenti beneficiano di una preferenza di prezzo per cui l'offerta presentata da A, sebbene superiore a quella di B, viene considerata equivalente a quella di B a condizione che A applichi una determinata politica sociale, ad esempio una politica attiva a favore delle donne.

⁵³ Alcuni Stati firmatari hanno fatto inserire riserve esplicite onde consentire alle amministrazioni aggiudicatrici di applicare un criterio sociale ai fini dell'aggiudicazione degli appalti. Gli Stati Uniti, in particolare, hanno fatto inserire un'eccezione che permette, in particolare, di riservare determinati appalti a favore delle minoranze. Tali riserve non compaiono, però, negli impegni assunti dalla Comunità europea nei confronti dei partner. Ne consegue che, in generale, questi criteri debbano essere considerati contrari alle disposizioni delle direttive, in particolare alle disposizioni in materia di aggiudicazione degli appalti.

⁵⁴ In una controversia di cui si è occupata la Commissione, l'amministrazione aggiudicatrice si era fondata principalmente sui seguenti elementi per attribuire un appalto all'impresa di trasporti locale: il fatto che l'impresa avesse sede in loco aveva conseguenze sul piano fiscale, da una parte, e in termini di creazione di posti di lavoro fissi, dall'altra; inoltre, l'acquisto a livello locale di grandi quantità di materiali e servizi da parte del prestatore costituiva una garanzia per i posti di lavoro locali. La Commissione ha ritenuto che questi criteri non potevano fornire la base per la valutazione delle offerte da parte dell'amministrazione aggiudicatrice in quanto non consentivano di quantificare un vantaggio economico collegato alla prestazione oggetto dell'appalto e a diretto beneficio dell'amministrazione aggiudicatrice. Questa prima conclusione è da ricollegare alla violazione delle norme in materia di aggiudicazione di cui all'articolo 36.1 della direttiva 92/50/CEE. Inoltre, tali elementi avevano avuto l'effetto di discriminare gli altri offerenti in quanto, in sede di comparazione delle offerte, avevano favorito l'unico prestatore stabilito nella località interessata. Ciò andava pertanto a configurare una violazione del principio generale di non discriminazione tra prestatori di servizi di cui all'articolo 3 della direttiva 92/50/CEE.

⁵⁵ Causa C-513/99 Stagecoach Finland Oy Ab, pubblicata nella GU C 102/10 del 8.4.2000.

⁵⁶ Libro verde "Gli appalti pubblici nell'Unione europea: spunti di riflessione per il futuro". COM (96) 583 del 27.11.1996.

La Commissione sottolinea che le amministrazioni aggiudicatrici possono imporre il rispetto di certe condizioni nell'esecuzione dell'appalto e dunque possono, in questa fase, prendere in considerazione il perseguimento di obiettivi sociali (v. infra, paragrafo 1.6)

1.4.2. *Il « criterio addizionale »*

Si tratta di una nozione sviluppata dalla Corte di giustizia europea⁵⁸.

Nella sentenza *Beentjes*, in cui per tale nozione è stata definita per la prima volta, la Corte ha sostenuto che un criterio relativo all'impiego di disoccupati di lunga durata non atteneva né all'accertamento dell'idoneità economica, finanziaria e tecnica del candidato, né ai criteri di aggiudicazione elencati nella direttiva. La Corte ha affermato che siffatto criterio è comunque compatibile con le direttive sugli appalti pubblici nei limiti in cui lo stesso si conforma a tutti i principi pertinenti del diritto comunitario.

Nella causa C-225/98, la Corte di giustizia ha affermato che⁵⁹ le amministrazioni aggiudicatrici possono fondarsi su un criterio relativo alla lotta contro la disoccupazione, purché esso rispetti tutti i principi fondamentali di diritto comunitario, e soltanto nel caso in cui le amministrazioni aggiudicatrici si trovino di fronte a due o più offerte economicamente equivalenti. In effetti, nel caso di specie questa condizione era stata considerata dallo Stato membro in questione come un criterio secondario non determinante dopo il confronto tra le offerte da un punto di vista puramente economico. Riguardo all'applicazione di un criterio di aggiudicazione connesso alla lotta contro la disoccupazione, infine, la Corte ha precisato che questo non deve avere effetti diretti o indiretti nei confronti di offerenti provenienti da altri Stati membri della Comunità e deve essere espressamente menzionato nel bando di gara affinché gli imprenditori siano posti in grado di conoscere l'esistenza di una siffatta condizione.

I suddetti principi potrebbero altresì trovare applicazione nei confronti di altre condizioni in materia sociale.

1.5. **Offerte anormalmente basse**

Le attuali direttive sugli appalti pubblici⁶⁰ si limitano ad obbligare le amministrazioni aggiudicatrici a richiedere per iscritto delle precisazioni agli offerenti, le cui offerte presentano carattere anormalmente basso rispetto alla prestazione, prima di poter respingere tali offerte. L'amministrazione deve infatti verificare la composizione dell'offerta in esame e, qualora la ritenga poco affidabile, può respingerla, pur non essendo obbligata in tal senso dalle direttive. Negli Stati membri che abbiano adottato disposizioni a questo scopo, le amministrazioni aggiudicatrici potranno tuttavia essere obbligate a respingere le offerte anormalmente basse, invocando, ad esempio, l'inosservanza delle norme in materia di occupazione e di diritto del lavoro.

⁵⁷ V. il paragrafo 4.3 della comunicazione del 1998 citata a proposito della considerazione di elementi di ordine ambientale nell'aggiudicazione degli appalti. [V. altresì il punto 48 della comunicazione sugli *Aspetti regionali e sociali degli appalti pubblici*, COM(89) 400 adottata dalla Commissione il 22 settembre 1989 (GUCE C n°311 del 12.12.1989)].

⁵⁸ Causa *Beentjes* citata (v. punto 29), nonché sentenza del 26.9.2000, in causa C-225/98, Commissione c. Francia ("Edifici scolastici – Nord Pas de Calais"), in Racc. 2000, I-7445.

⁵⁹ V. la Relazione generale sull'attività dell'Unione europea, 2000, punto 1119, pagina 407.

⁶⁰ Articoli 27 della direttiva 93/36/CEE, 30 della direttiva 93/37/CEE, 37 della direttiva 92/50/CEE e 34, comma 5 della direttiva 93/38/CEE.

Le direttive riportano in un elenco esemplificativo alcune giustificazioni che l'amministrazione può prendere in considerazione, come l'economia del processo di fabbricazione, le soluzioni tecniche adottate o le condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone l'offerente. Allo stato attuale delle direttive, è possibile prendere in considerazione elementi relativi all'inosservanza delle norme in materia di sicurezza e occupazione al fine di respingere una offerta ritenuta troppo bassa rispetto alla prestazione. In sintonia con l'impostazione generale delle direttive, le modalità pratiche di un tale esame sono disciplinate dal diritto nazionale, fermo restando che esse devono rimanere soggette a contraddittorio.

1.6. Esecuzione dell'appalto

Obiettivi sociali possono essere perseguiti attraverso l'applicazione di clausole contrattuali o di « condizioni di esecuzione dell'appalto », nei limiti in cui tale applicazione venga effettuata nel rispetto del diritto comunitario e, in particolare, la stessa non abbia un'incidenza discriminatoria, diretta o indiretta nei confronti degli offerenti di altri Stati membri⁶¹.

Le amministrazioni aggiudicatrici possono definire le clausole contrattuali relative alla modalità di esecuzione di un appalto. La fase di esecuzione, infatti, non è, allo stato attuale del diritto comunitario, specificamente disciplinata dalle direttive sugli appalti pubblici.

Tuttavia, le clausole o condizioni di esecuzione devono rispettare il diritto comunitario ed in particolare non devono avere effetti discriminatori diretti o indiretti nei confronti di offerenti non nazionali (v. infra, paragrafo 3.2.).

In ogni caso, l'applicazione di siffatte clausole o condizioni deve aver luogo nel rispetto di tutte le norme procedurali delle direttive ed in particolare delle disposizioni di queste in materia di pubblicità⁶². Tali clausole o condizioni non potranno consistere in specifiche tecniche (dissimulate), né riguarderanno l'accertamento dell'idoneità degli imprenditori in base alla loro capacità economica, finanziaria e tecnica, né tanto meno i criteri di aggiudicazione⁶³. In questo senso, « la clausola contrattuale deve essere indipendente dalla valutazione della capacità dell'offerente di eseguire i lavori o dalla valutazione dei criteri di aggiudicazione »⁶⁴.

Per ragioni di trasparenza, inoltre, tali condizioni dovranno essere menzionate nel bando di gara, onde consentire a tutti i candidati o offerenti di venirne a conoscenza⁶⁵.

Infine, l'esecuzione dei contratti di appalto deve, in ogni caso, essere effettuata nel rispetto di tutte le regole applicabili in vigore, segnatamente in materia sociale e di sicurezza (v. capitolo III).

⁶¹ A titolo di esempio, una clausola che richieda all'aggiudicatario di impiegare, per l'esecuzione di un appalto di lavori, un certo numero o percentuale di disoccupati stabili o di giovani apprendisti, senza tuttavia imporre che si tratti di disoccupati o apprendisti di una data regione o collegati ad un ente nazionale, non dovrebbe costituire di per sé una discriminazione nei confronti di offerenti di altri Stati membri.

⁶² V. il punto 31 della sentenza Beentjes citata.

⁶³ V. il punto 28 della sentenza Beentjes citata.

⁶⁴ Comunicazione sugli *Aspetti regionali e sociali degli appalti pubblici* citata, punto 59.

⁶⁵ « 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 » (v. sentenza Beentjes citata, punto 21).

La condizione di esecuzione configura un obbligo, riferito all'esecuzione del contratto, che deve essere accettato dal titolare dell'appalto. In linea di massima è dunque sufficiente che gli offerenti si impegnino, all'atto della presentazione delle offerte, a soddisfare tale esigenza in caso di aggiudicazione dell'appalto. L'offerta di un proponente che non accetti la condizione di esecuzione non sarebbe conforme al capitolato d'onere e potrebbe, per questa ragione, essere respinta⁶⁶. Per contro, non è necessario soddisfare queste condizioni ai fini della presentazione dell'offerta.

L'amministrazione aggiudicatrice dispone di un'ampia gamma di possibilità per la definizione di clausole contrattuali in materia sociale. Qui di seguito viene riportato un elenco esemplificativo di particolari condizioni supplementari che l'amministrazione aggiudicatrice potrebbe, nel rispetto delle succitate condizioni, imporre al titolare del contratto, e che le consentono di prendere in considerazione obiettivi sociali:

- 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 tra uomini e donne o la diversità etnica o razziale⁶⁷;
- l'obbligo di rispettare nel merito le disposizioni delle convenzioni fondamentali dell'OIL sul luogo di esecuzione della prestazione qualora queste non siano ancora integrate nel diritto nazionale ;
- l'obbligo di assumere, nel quadro dell'esecuzione dell'appalto, un numero di persone disabili superiore a quello stabilito dalla legislazione nazionale dello Stato membro in cui ha luogo l'esecuzione dell'appalto, o di quello del titolare del contratto.

Va osservato che per gli appalti di forniture appare più difficile ipotizzare clausole contrattuali riferite alla modalità di esecuzione, nella misura in cui l'imposizione di clausole che comportino un adeguamento dell'organizzazione, della struttura o della politica di un'impresa stabilita nel territorio di un altro Stato membro potrebbe avere effetti discriminatori o generare una restrizione ingiustificata agli scambi.

II APPALTI PUBBLICI CHE NON SONO OGGETTO DELLE DIRETTIVE

Le direttive sugli appalti pubblici si applicano soltanto a determinate categorie di appalti, in particolare a quelli il cui ammontare è uguale o superiore alla soglia indicata dalle stesse.

⁶⁶ Nella sentenza 22.6.1993, causa C-243/89 « Storebaelt », la giurisprudenza della Corte stabilisce che un'amministrazione aggiudicatrice è tenuta a respingere le offerte non conformi al capitolato d'onere, pena la violazione del principio di parità di trattamento fra tutti gli offerenti alla base delle direttive sugli appalti pubblici.

⁶⁷ Nel quadro di un appalto di servizi, ciò può avvenire con l'attuazione di una politica volta a promuovere la diversità etnica e razziale sul luogo di lavoro, attraverso una serie di istruzioni destinate ai responsabili delle assunzioni, promozioni o della formazione del personale; il contraente può inoltre designare un responsabile incaricato dell'attuazione, sul luogo di lavoro, di una politica in materia.

Il diritto comunitario lascia agli Stati membri la responsabilità di decidere se gli appalti pubblici non oggetto delle direttive comunitarie debbano o meno essere soggetti alle norme nazionali in materia.

Gli Stati membri sono altrettanto liberi, entro i limiti posti dal diritto comunitario, di decidere se gli appalti pubblici esclusi dal campo di applicazione delle direttive possano – o debbano – essere utilizzati al fine di soddisfare obiettivi diversi da quello del “miglior rapporto qualità/prezzo” perseguito dalle direttive sugli appalti pubblici.

Fatte salve le legislazioni nazionali in materia, per questi appalti le amministrazioni aggiudicatrici rimangono libere di definire e applicare criteri sociali di selezione e di aggiudicazione nel quadro delle rispettive procedure di aggiudicazione, a condizione che agiscano in conformità delle norme e dei principi generali del Trattato CE⁶⁸, con particolare riferimento alla garanzia di una trasparenza appropriata e al rispetto della parità di trattamento degli offerenti.

Saranno ammissibili le prassi che riservano degli appalti a favore di alcune categorie di persone, ad esempio i disabili (“laboratori protetti”) o i disoccupati. Tali prassi non dovranno, tuttavia, generare discriminazioni dirette o indirette nei confronti di offerenti di altri Stati membri⁶⁹, né restrizioni ingiustificate agli scambi⁷⁰. Pertanto, qualora l’applicazione di simili misure preferenziali dia luogo ad una riserva di appalto a favore degli offerenti nazionali, questa sarebbe contraria alle norme e ai principi generali del Trattato CE. Al contrario, l’apertura della partecipazione all’appalto anche ai laboratori protetti degli altri Stati membri escluderebbe la configurazione di una discriminazione. Tuttavia, l’appalto dovrà essere aggiudicato, in particolare, nel rispetto dei principi di trasparenza e di parità di trattamento degli offerenti⁷¹ (v. altresì il capitolo III).

Va ricordato che, oltre che nel quadro degli appalti non oggetto delle direttive, le amministrazioni aggiudicatrici dispongono di una certa libertà di manovra anche in sede di aggiudicazione degli appalti relativi ai servizi di cui all’allegato IB della direttiva 92/50/CEE e all’allegato XVI-B della direttiva 93/38/CEE, in cui figura la maggior parte dei servizi a finalità “sociale” (ad esempio, servizi sociali e sanitari). Gli appalti di questo tipo sono, infatti, soggetti unicamente alle disposizioni delle direttive sugli appalti pubblici in materia di specifiche tecniche e di pubblicità (avviso di aggiudicazione). Non si applicano invece le norme dettagliate in materia di selezione dei candidati e di aggiudicazione. Le procedure di aggiudicazione di questi appalti di servizi rimane comunque soggetta al diritto nazionale oltre che alle norme e ai principi del Trattato precedentemente ricordati.

⁶⁸ Per un approfondimento, v. il paragrafo III della comunicazione interpretativa summenzionata sul diritto comunitario degli appalti pubblici e le possibilità di integrare considerazioni di ordine ambientale nei suddetti appalti.

⁶⁹ Nel Regno Unito, un regime di preferenza, il « Priority Suppliers Scheme » (programma per i fornitori prioritari) volto a favorire l’impiego di lavoratori disabili attraverso l’aggiudicazione di appalti pubblici di forniture, prevedeva la possibilità per alcune imprese che figuravano su un certo elenco di presentare una seconda offerta in modo da allinearsi all’offerta più bassa. Di questo vantaggio non godevano, però, gli offerenti omologhi degli altri Stati membri. Questo regime è stato abrogato durante la negoziazione della direttiva codificata 93/36/CEE e sostituito nel novembre 1994 da un regime conforme al diritto comunitario, lo « special contract arrangement ». L’ammissibilità al sistema è stata estesa ai datori di lavoro di disabili dell’intera Unione europea e la sua applicazione è stata limitata agli appalti di valore inferiore alle soglie.

⁷⁰ L’articolo XXIII dell’AAP (« eccezioni all’accordo ») prevede la possibilità per le parti all’accordo di « istituire o applicare misure concernenti prodotti fabbricati o a servizi forniti da minorati fisici, in istituti filantropici o nelle prigioni, a condizione che esse non siano « un mezzo di discriminazione arbitraria o ingiustificata » né costituiscano « una dissimulata restrizione al commercio internazionale ». Questa possibilità non è stata attuata dalle direttive sugli appalti pubblici.

⁷¹ In tal senso, v. le sentenze della Corte 18.11.1999, causa C-275/98, Unitron, e 7.12.2000, causa C-324/98, Telaustria.

III DISPOSIZIONI IN MATERIA SOCIALE APPLICABILI AGLI APPALTI PUBBLICI

3.1 Introduzione

Innanzitutto è opportuno ricordare che sebbene le direttive sugli appalti pubblici non contengano disposizioni specifiche in tal senso, l'esecuzione del contratto conseguente all'aggiudicazione di un appalto pubblico deve avvenire nel pieno rispetto di tutte le regole, normative, disposizioni e obblighi – di carattere nazionale, internazionale o comunitario –, la cui applicazione è obbligatoria in materia sociale. Questi obblighi saranno, all'occorrenza, riportati nel bando di gara o nel capitolato d'oneri. Le direttive sugli appalti pubblici prevedono sin da ora⁷² la possibilità che le amministrazioni aggiudicatrici indichino – o siano obbligate da uno Stato membro ad indicare – nel capitolato d'oneri, la o le autorità nazionali da cui gli offerenti possono ottenere le informazioni pertinenti sugli obblighi relativi alle disposizioni in materia di sicurezza e di condizioni di lavoro la cui applicazione è obbligatoria nella località in cui devono essere eseguiti i lavori o prestati i servizi⁷³.

Tra questi obblighi rientra, in particolare, il rispetto delle norme nazionali che recepiscono le direttive comunitarie in materia sociale. Particolarmente attinenti al contesto degli appalti pubblici sono le direttive in materia di tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori, nonché le direttive concernenti il «trasferimento di imprese» e il «distacco dei lavoratori» (v. *infra*, paragrafo 3.2.2.2), nonché le recenti direttive in materia di parità di trattamento⁷⁴.

Simili obblighi possono inoltre derivare da alcune convenzioni dell'Organizzazione internazionale del lavoro (OIL)⁷⁵. Con particolare riferimento alle norme fondamentali del lavoro internazionalmente riconosciute, i principi e i diritti fondamentali sul lavoro definiti dall'OIL si applicano nella loro interezza agli Stati membri⁷⁶.

Le offerte di candidati che non abbiano tenuto conto degli obblighi relativi alle disposizioni in materia di sicurezza e di condizioni di lavoro indicate dall'amministrazione aggiudicatrice nel capitolato d'oneri non potranno essere ritenute conformi al capitolato d'oneri. Deve inoltre essere sottolineato che le offerte che non abbiano tenuto sufficientemente conto di detti obblighi rischiano di apparire anormalmente basse rispetto alla prestazione e, quindi, eventualmente, di essere respinte in quanto tali (v. *supra*, paragrafo 1.5).

⁷² Articolo 23 della direttiva 93/37 (lavori), articolo 28 della direttiva 92/50 e articolo 29 della direttiva 93/38 (settori speciali).

⁷³ Nel quadro delle attuali direttive sugli appalti pubblici, le amministrazioni aggiudicatrici che, sfruttando la possibilità offerta dalle stesse direttive, forniscono le suddette informazioni nel capitolato d'oneri, sono altresì tenute ad accertare che gli offerenti abbiano tenuto in debito conto gli obblighi relativi alle disposizioni in materia di sicurezza e di condizioni di lavoro all'atto della preparazione delle offerte, richiedendo agli offerenti di specificarlo nelle stesse. Ciò consente agli offerenti di raccogliere le necessarie informazioni sugli obblighi in materia sociale che saranno tenuti a rispettare nella località di esecuzione dell'appalto in caso di aggiudicazione a loro favore, e di tener conto, all'atto della preparazione delle offerte, dei costi associati a tali obblighi.

⁷⁴ Direttiva 2000/43/CE del 29.6.2000 che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza o dall'origine etnica (GU 2000 L 180/22) e direttiva 2000/78/CE del 27.11.2000 che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro (GU 2000 L 303/16).

⁷⁵ Vale a dire le Convenzioni n° 87 del 9.7.1948 e 98 del 1.7.1949 (concernenti rispettivamente la libertà sindacale e la tutela del diritto sindacale, e l'applicazione dei principi del diritto di organizzazione e di contrattazione collettiva); 29 del 28.6.1930 e 105 del 25.6.1957 (abolizione del lavoro forzato); 111 del 25.6.1958 (discriminazione in materia di impiego e professione); 100 del 29.6.1951 (principio di parità di retribuzione e abolizione di ogni forma di discriminazione); 138 del 26.6.1973 e 182 del 17.6.1999 (età minima e divieto delle peggiori forme di lavoro minorile).

⁷⁶ Comunicazione della Commissione sulle norme fondamentali del lavoro. La Commissione specifica, a tal proposito, che dal momento che l'impegno dell'Unione a promuovere le norme fondamentali del lavoro non può prescindere dalla rapida ratifica da parte della totalità degli Stati membri dell'UE di tutte e otto le convenzioni fondamentali dell'OIL, il 15.9.2000 essa ha trasmesso una raccomandazione agli Stati membri concernente la ratifica della più recente convenzione di base, vale a dire la n. 182 citata (raccomandazione pubblicata nella GUCE L 243 del 28.9.2000).

Sono stati più volte posti interrogativi⁷⁷ concernenti l'interpretazione e l'applicazione di alcune regole o normative in materia sociale la cui osservanza è obbligatoria in sede di aggiudicazione degli appalti pubblici e la cui individuazione sembrerebbe, però, problematica proprio con riferimento agli appalti pubblici, in particolare nella fase di esecuzione. Si pongono spesso interrogativi relativamente all'applicazione del diritto del lavoro e delle norme in materia di sicurezza delle condizioni di lavoro ai lavoratori distaccati da un'impresa che prestano servizio in un altro Stato membro, nella misura in cui tali condizioni vengono prese in considerazione all'atto della preparazione delle offerte. Un'altra questione che spesso emerge nel campo degli appalti pubblici riguarda la riassunzione, da parte dell'aggiudicatario dell'appalto, di una parte o di tutti i dipendenti del precedente titolare.

La valutazione della portata degli obblighi rilevanti in materia sociale può, inoltre, svolgere un ruolo importante ai fini del trattamento e della verifica delle offerte sospettate di essere anormalmente basse.

Nella presente comunicazione, la Commissione intende ricordare la portata di tali disposizioni e obblighi comunitari particolarmente rilevanti onde precisare le risposte agli interrogativi di cui sopra.

3.2 Determinazione delle condizioni di lavoro applicabili

In materia di norme e regole - nazionali, internazionali o comunitarie - obbligatorie in materia sociale, è opportuno distinguere le situazioni a carattere transfrontaliero dalle altre (che possono, in linea di massima, essere considerate meramente nazionali).

Nelle *situazioni "nazionali"* le amministrazioni aggiudicatrici, gli offerenti e i contraenti sono tenuti a rispettare, come minimo, tutti gli obblighi relativi alla sicurezza e alle condizioni di lavoro, compresi quelli inerenti a diritti collettivi e individuali posti dalla legislazione in materia di lavoro, dalla giurisprudenza e/o da contratti collettivi, nei limiti in cui siano compatibili con la legislazione comunitaria e le norme e i principi generali del diritto comunitario, in particolare il principio di parità di trattamento e di non discriminazione.

Nelle *situazioni transfrontaliere*, i prestatori di servizi devono anzitutto rispettare le esigenze imperative giustificate dall'interesse generale che vigono nello Stato ospite (l'elenco di queste norme è stato "comunitarizzato" dalla direttiva 96/71/CE, - v. infra punto 3.2.1.2 -), senza con ciò violare il principio di parità di trattamento.

Nelle due situazioni, possono, tuttavia, essere applicate (e nel caso, devono anche essere rispettate) delle disposizioni più favorevoli ai lavoratori, a condizione che queste siano compatibili con il diritto comunitario.

⁷⁷ Il desiderio di garantire in misura maggiore la protezione sociale dei lavoratori e le relative condizioni di lavoro è spesso all'origine di simili questioni. Peraltro, la Corte di giustizia ha definito l'obiettivo di assicurare la protezione sociale dei lavoratori un'esigenza imperativa d'interesse generale in grado di giustificare l'adozione di misure nazionali tese a limitare l'esercizio di una delle libertà fondamentali sancite dal diritto comunitario (sentenze 17 dicembre 1981, Webb, in causa 279/80, Racc. 3305; 5 febbraio 1982, Seco e Desquenue & Giral, 62/81 e 63/81, Racc. 223; 27 marzo 1990 Rush Portuguesa, C-113/89, Racc. I-345; 28 marzo 1996, Guiot, C-272/94, Racc. I-1905; 23 novembre 1999, Arblade, C-369/96 e C-376/96).

3.2.1 I limiti posti dal diritto comunitario all'applicazione delle disposizioni nazionali

3.2.1.1 Il Trattato

La circostanza che le disposizioni pertinenti possano essere applicate soltanto nei limiti in cui siano compatibili con il diritto comunitario solleva la questione dei limiti e delle restrizioni che esso impone.

Una giurisprudenza costante, sintetizzata dalla Corte nella sentenza *Arblade*⁷⁸, stabilisce che l'articolo 49 (ex 59) del Trattato prescrive non solo l'eliminazione di qualsiasi discriminazione nei confronti del prestatore di servizi stabilito in un altro Stato membro in base alla sua cittadinanza, ma anche la soppressione di qualsiasi restrizione, anche qualora essa si applichi indistintamente ai prestatori nazionali e a quelli degli altri Stati membri, allorché essa sia tale da vietare, ostacolare o rendere meno attraenti le attività del prestatore stabilito in un altro Stato membro ove fornisce legittimamente servizi analoghi⁷⁹. Inoltre, anche in mancanza di un'armonizzazione in materia, la libera prestazione dei servizi in quanto principio fondamentale del Trattato può essere limitata soltanto da normative giustificate da esigenze imperative d'interesse generale che si applichino a qualsiasi soggetto o impresa che svolge un'attività sul territorio dello Stato membro ospite, laddove tale interesse generale non sia già tutelato dalle norme cui il prestatore è soggetto nel proprio Stato di residenza⁸⁰. L'applicazione delle normative nazionali di uno Stato membro ai prestatori stabiliti in altri Stati membri deve, inoltre, essere atta a garantire il raggiungimento dell'obiettivo perseguito, senza andare oltre quanto necessario per la sua realizzazione⁸¹.

Tra le esigenze imperative giustificate dall'interesse generale già riconosciute dalla Corte rientrano, in particolare, la tutela dei lavoratori⁸², compresi quelli del settore edile⁸³. Al contrario, considerazioni di ordine amministrativo non possono giustificare la deroga, da parte di uno Stato membro, alle norme del diritto comunitario tanto più quando la deroga di cui trattasi ha l'effetto di escludere o limitare l'esercizio di una delle libertà fondamentali del diritto comunitario⁸⁴. Va sottolineato che le esigenze imperative motivate dall'interesse generale alla base delle disposizioni sostanziali di una normativa possono altresì giustificare le misure di controllo necessarie per garantirne il rispetto⁸⁵.

⁷⁸ Sentenza *Arblade*, citata, in particolare i punti 33-39.

⁷⁹ V. sentenze del 25 luglio 1991, *Säger*, C-76/90, Racc. p. I-4221, punto 12; 9 agosto 1994, *Vander Elst*, C-43/93, Racc. p. I-3803, punto 14; del 12 dicembre 1996, *Reisebüro Broede*, in causa C-3/95, Racc. p. I-6511, punto 25, e 9 luglio 1997, *Parodi*, C-222/95, Racc. p. I-3899, punto 18, ed altresì il punto 10 della sentenza *Guiot*, citata.

⁸⁰ V., in particolare, le sentenze *Webb*, citata, punto 17 nonché del 26 febbraio 1991, *Commissione/Italia*, C-180/89, Racc. p. I-709, punto 17; *Commissione/Grecia*, C-198/89, Racc. p. I-727, punto 18; *Säger*, citata, punto 15; *Vander Elst*, citata, punto 16, e *Guiot*, citata, punto 11.

⁸¹ V., in particolare, le sentenze *Säger*, citata, punto 15; 31 marzo 1993, *Kraus*, C-19/92, Racc. p. I-1663, punto 32; 30 novembre 1995, *Gebhard*, C-55/94, Racc. p. I-4165, punto 37, e *Guiot*, citata, punti 11 e 13.

⁸² V. le sentenze citate *Webb*, punto 19, *Rush Portuguesa*, punto 18, e *Seco e Desquenne & Giral*, punto 14.

⁸³ Sentenza, *Guiot*, citata, punto 16.

⁸⁴ V. in particolare la sentenza 26 gennaio 1999, *Terhoeve*, C-18/95, Racc. p. I-345, punto 45.

⁸⁵ V. in tal senso, la sentenza *Rush Portuguesa*, citata, punto 18, nonché la sentenza *Arblade*, citata, punti 61-63 e 74. Tuttavia, sebbene abbia ribadito in quest'ultima sentenza l'importanza della protezione sociale dei lavoratori e la fondatezza di talune misure di controllo atte a garantirne il rispetto, la Corte ha aggiunto che tali misure di controllo potrebbero essere accettate soltanto "in mancanza, in particolare, di un sistema organizzato di cooperazione o di scambio d'informazioni fra Stati membri, quale previsto dall'art. 4 della direttiva 96/71" (v. *supra*, paragrafo II.3.2). Pertanto, questo sistema organizzato di cooperazione o di scambio d'informazioni fra Stati membri renderà superflue alcune misure di controllo alla scadenza del termine fissato per il recepimento di tale direttiva (16 dicembre 1999). In tal senso, v. altresì la risposta all'interrogazione scritta E-00/0333 della signora B. Weiler.

L'esclusione dalla partecipazione ad un appalto pubblico di un'impresa stabilita in un altro Stato membro in quanto non firmataria del contratto collettivo nazionale in vigore nel settore interessato nel paese dell'amministrazione aggiudicatrice, non solo sarebbe contraria alle direttive sugli appalti pubblici, ma potrebbe altresì costituire una violazione del principio della libera prestazione di servizi e, eventualmente, del diritto di stabilimento⁸⁶.

3.2.1.2. Disposizioni di diritto derivato particolarmente rilevanti in materia di appalti pubblici

Direttiva 96/71/CE (“distacco dei lavoratori”)

Secondo la giurisprudenza della Corte⁸⁷, il diritto comunitario non osta a che gli Stati membri estendano l'applicazione delle loro leggi o dei contratti collettivi di lavoro stipulati tra le parti sociali, soprattutto in materia di minimi salariali, a chiunque svolga un lavoro subordinato, anche temporaneo, nel loro territorio, indipendentemente dal paese in cui è stabilito il datore di lavoro.

Partendo da questa giurisprudenza della Corte e dalle disposizioni pertinenti della Convenzione di Roma del 1980⁸⁸, la direttiva 96/71/CE relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi, ha lo scopo di coordinare le legislazioni degli Stati membri al fine di «integrare nel quadro comunitario» le norme imperative di interesse generale e trasformare le «opportunità» negli Stati membri in obblighi comunitari nel quadro di situazioni transnazionali. Questo atto comunitario cerca di garantire sia le libertà fondamentali del trattato che la tutela dei lavoratori, ed intende offrire maggior sicurezza giuridica alle imprese in quanto prestatrici di servizi e ai lavoratori distaccati nell'ambito della libera prestazione di servizi. Si tratta di un testo che, nel diritto comunitario del lavoro, garantisce un'importante tutela ai lavoratori. In tal senso, la direttiva contiene un elenco comune di norme di protezione minima cui deve attenersi, nel paese ospite, il datore di lavoro che distacca i dipendenti nelle suddette situazioni. Essa fa sì che, nel quadro degli appalti pubblici, le regole del gioco siano uguali per tutti gli offerenti e garantisce chiarezza giuridica sugli elementi da prendere in considerazione ai fini della preparazione delle offerte.

Questo «nocciolo duro» di norme imperative di protezione minima deriva da disposizioni legislative oppure da contratti collettivi dichiarati di applicazione generale (a norma della direttiva) e riguarda le seguenti materie:

- periodi massimi di lavoro e periodi minimi di riposo;
- durata minima delle ferie annuali retribuite;
- tariffe minime salariali;
- condizioni di cessione temporanea dei lavoratori, in particolare la cessione temporanea di lavoratori da parte di imprese di lavoro interinale;
- sicurezza, salute e igiene sul lavoro;

⁸⁶ V. in questo senso le conclusioni pronunciate dall'Avvocato generale nella causa C-493/99, Commissione contro Germania, il 5.4.2001.

⁸⁷ In particolare nella sentenza 27.3.1990, Rush Portuguesa, precitata, punto 18.

⁸⁸ Sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, GU 1980 L 266.

- provvedimenti di tutela riguardo alle condizioni di lavoro o di occupazione di gestanti o puerpere, bambini e giovani;
- parità di trattamento fra uomo e donna, nonché altre disposizioni in materia di non discriminazione.

Occorre notare che la direttiva prevede che le norme stabilite dai contratti collettivi di lavoro dichiarati di applicazione generale⁸⁹ sono obbligatoriamente applicabili al settore dell'edilizia. Gli Stati membri possono tuttavia estendere l'applicazione di tali norme ad altri settori. Le norme derivanti da disposizioni legislative si applicano a tutti i settori.

La direttiva relativa al « distacco dei lavoratori » introduce dunque alcune « clausole sociali » nei rapporti tra un prestatore di servizi che opera in uno Stato membro e il beneficiario della prestazione, che può essere un'autorità pubblica, localizzato in un altro Stato membro (Stato membro ospite). Il prestatore che distacca i propri dipendenti nello Stato membro ospite deve rispettare una serie di prescrizioni minime relative al diritto del lavoro vigente in tale Stato.

Direttiva 2001/23/CE (Mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di « trasferimento d'impresa »)

L'eventualità che un'impresa, a seguito della procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, rilevi alcune attività esercitate fino a quel momento da un'altra impresa, potrebbe rientrare nel campo di applicazione della direttiva in materia di « trasferimento d'impresa ». Tale trasferimento potrebbe, infatti, avvenire in relazione all'aggiudicazione di contratti di servizio pubblico⁹⁰, ad un processo di privatizzazione di un settore con trasferimento di un ente sotto forma di regime di concessione amministrativa⁹¹ o in seguito ad un procedimento di aggiudicazione di un appalto pubblico, ad esempio un appalto di servizi⁹².

La direttiva comunitaria applicabile in materia⁹³ mira a garantire la continuità dei rapporti di lavoro in essere delle persone che sono tutelate in quanto lavoratori ai sensi delle disposizioni nazionali in materia di diritto del lavoro⁹⁴, indipendentemente dalla natura delle funzioni svolte da dette persone⁹⁵.

⁸⁹ La direttiva in materia di « distacco dei lavoratori » precisa all'articolo 3 cosa si intende per contratti collettivi o arbitrati « di applicazione generale » (art 3, comma 1) o « dichiarati di applicazione generale » (art 3, comma 8). In ogni caso, l'applicazione di tali contratti collettivi dovrà rispettare il principio di parità di trattamento nei termini in cui viene definito all'ultimo comma dell'articolo in questione. Ai sensi della suddetta disposizione vi è parità di trattamento « quando le imprese nazionali che si trovano in una situazione analoga sono soggette, nel luogo o nel settore in cui svolgono la loro attività, ai medesimi obblighi delle imprese che effettuano il distacco, per quanto attiene alle materie menzionate al paragrafo 1, primo comma del presente articolo » e quando « sono soggette ai medesimi obblighi, aventi i medesimi effetti ».

⁹⁰ V. ad esempio la proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo all'azione degli Stati membri in tema di obblighi di servizio pubblico e di aggiudicazione di contratti di servizio pubblico nel settore del trasporto di passeggeri su rotaia, su strada e per via navigabile interna, del 26 luglio 2000, COM (2000) 7, in particolare l'articolo 9.3.

⁹¹ Causa C-343/98, Collino, sentenza 14 settembre 2000 concernente un trasferimento a titolo oneroso, sotto forma di una concessione amministrativa da parte di un ente che gestisce servizi di telecomunicazioni ad uso pubblico ed è gestito da un ente pubblico integrato nell'amministrazione dello Stato ad una società di diritto privato costituita da un altro ente pubblico che ne detiene tutte le azioni.

⁹² Causa C-172/99, Oy Liikenne, sentenza 25.1.2001 relativa all'esercizio di linee di autobus.

⁹³ Direttiva 2001/23/CE, citata.

⁹⁴ V. sentenze 11.7.1985, 105/84, Danmols Inventar, 19.5.1992, C-29/91, Sophie Redmond Stichting, e 10.12.1998, cause riunite C-173/96 e C-247/96, Schez Hidalgo e.a..

⁹⁵ Causa Collino citata.

Il criterio essenziale e decisivo per stabilire se la direttiva sul “trasferimento d’imprese”, sia di applicazione in un caso di specie, e in particolare se si configuri un trasferimento ai sensi di detta direttiva stessa, consiste nel mantenimento della propria identità da parte dell’entità trasferita⁹⁶, che risulta in particolare dal fatto che la sua gestione sia stata effettivamente proseguita o ripresa⁹⁷. La nozione di entità si riferisce dunque ad un insieme organizzato in maniera stabile di persone ed elementi che permettono l’esercizio di un’attività economica che persegue un proprio obiettivo⁹⁸. Per poter determinare se sussistano le caratteristiche di un trasferimento di un’entità, dev’essere preso in considerazione il complesso delle circostanze di fatto che caratterizzano l’operazione di cui trattasi. Tali elementi costituiscono tuttavia soltanto aspetti parziali della valutazione complessiva cui si deve procedere e non possono, perciò, essere considerati isolatamente dal giudice nazionale competente ad eseguire detta valutazione⁹⁹.

L’assenza di un vincolo contrattuale tra cedente (vecchio titolare dell’appalto) e cessionario (nuovo titolare dell’appalto), ancorché possa costituire un indizio di assenza di trasferimento ai sensi della direttiva, non può rivestire una importanza determinante al riguardo¹⁰⁰. La direttiva trova applicazione in tutti i casi di cambiamento, nell’ambito di rapporti contrattuali, della persona fisica o giuridica responsabile della gestione dell’impresa che assume le obbligazioni del datore di lavoro nei confronti dei dipendenti dell’impresa stessa¹⁰¹.

Come confermato dalla recente sentenza nella causa *Oy Liikenne*¹⁰² summenzionata, il verificarsi del trasferimento in seguito ad un procedimento di aggiudicazione non pone problemi specifici in ordine all’applicazione della direttiva sul “trasferimento d’imprese”. Inoltre, le due direttive non sono incompatibili in considerazione dei rispettivi obiettivi¹⁰³. Dalla giurisprudenza della Corte in materia di appalti pubblici si evince peraltro l’obbligo, per le amministrazioni aggiudicatrici, di informare gli offerenti circa tutte le condizioni associate all’esecuzione dell’appalto, affinché essi possano tenerne conto ai fini della preparazione delle offerte. Pertanto, al momento di presentare un’offerta, l’operatore deve anche essere in grado di valutare se, qualora la stessa dovesse risultare vincente, egli avrà interesse a riacquistare dall’attuale appaltatore significativi elementi patrimoniali ed a rilevare in tutto o in parte il suo personale, ovvero se sarà obbligato a farlo ed eventualmente se si troverà in una situazione di trasferimento d’impresa ai sensi della direttiva 2001/23/CE¹⁰⁴.

⁹⁶ Sentenze 14.4.1994, causa C-392/92, Schmidt; 19.9.1995, causa C-48/94, Rygaard, 26 settembre 2000, C-175/99, Mayeur.

⁹⁷ Sentenze 18.3.1986, 24/85, Spijkers, 11.3.1997, C-13/95, Süzen, e 10.12.1998, cause riunite C-127/96, C-229/96 e C-74/97, Hernández Vidal, oltre alla sentenza del 2.12.1999 in causa C-324/98 Allen e.a. e alla causa *Oy Liikenne* citata.

⁹⁸ Per es. le cause Süzen, Hidalgo e.a., Allen e.a. e *Oy Liikenne* citate.

⁹⁹ Cause Spijkers, Süzen, Sanchez Hidalgo e.a. e Hernández Vidal citate.

¹⁰⁰ Sentenza 10 febbraio 1988, in causa C-324/86, Tellerup, denominata “Daddy’s Dance Hall”, e le cause Süzen, Hidalgo e.a., Mayeur e *Oy Liikenne* citate.

¹⁰¹ Sentenze Tellerup, Süzen, Hidalgo e.a., Mayeur e *Oy Liikenne* citate. Peraltro, la direttiva si applica altresì in conseguenza di una decisione di trasferimento assunta unilateralmente dall’ente pubblico (comune) [sentenza 19 maggio 1992, causa C-29/91, Sophie Redmond Stichting]. Del pari, la circostanza che il servizio in questione sia stato concesso da un ente di diritto pubblico, come un comune, non è atta ad escludere l’applicazione della direttiva in quanto l’attività considerata non rientra nell’esercizio dei pubblici poteri [cause Collino (punto 32) e Hidalgo e.a. (punto 24) citate]. Per contro, non costituisce un trasferimento di impresa, la riorganizzazione di strutture della pubblica amministrazione o il trasferimento di funzioni amministrative tra pubbliche amministrazioni [sentenza 15.10.1996, causa C-298/94, Henke; cfr. causa Mayeur citata].

¹⁰² V. in particolare i punti 21/22.

¹⁰³ V. altresì le conclusioni dell’Avvocato generale Léger nella causa C-172/99, citata, in particolare i punti 28-37; cf punto 22 della sentenza.

¹⁰⁴ Sentenza *Oy Liikenne* citata, punto 23.