

DIRITTO E SOCIETÀ  
1/2020

*Edoardo Caruso*

LA TUTELA SOCIALE E DEL LAVORO  
NELL'AGGIUDICAZIONE DEI CONTRATTI PUBBLICI

*[Estratto]*

EDITORIALE SCIENTIFICA  
NAPOLI 2020

ISSN 0391-7428



LA TUTELA SOCIALE E DEL LAVORO  
NELL'AGGIUDICAZIONE DEI CONTRATTI PUBBLICI\*

SOMMARIO 1. Criteri di aggiudicazione e profili sociali tra ordinamento interno e sovranazionale. Un inquadramento generale. – 2. Rapporti di equiordinazione e di gerarchia nella disciplina generale sui criteri di aggiudicazione: prezzo più basso versus criteri qualitativi. – 3. Il criterio “generale” del miglior rapporto qualità/prezzo e la possibile rilevanza degli elementi di natura sociale. – 3.1. La scelta della stazione appaltante di inserire considerazioni sociali: modalità e limiti. La necessaria connessione con l’oggetto del contratto. – 4. Il criterio dei costi del ciclo di vita e il suo (ancora) incerto utilizzo per il perseguimento di obiettivi sociali. Cenni. – 5. Il criterio di aggiudicazione nei contratti di servizi e forniture ad alta intensità di manodopera con caratteristiche standardizzate. La decisione dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 8 del 2019. – 6. La ri-qualificazione legislativa del minor prezzo quale criterio ordinario nei contratti sotto soglia. Rilievi critici.

1. *Criteri di aggiudicazione e profili sociali tra ordinamento interno e sovranazionale. Un inquadramento generale*

Nei contratti della pubblica amministrazione la fase di individuazione dell’offerta che diventerà l’oggetto del successivo rapporto negoziale tra amministrazione e privato costituisce momento centrale della procedura di gara. Invero, i criteri di aggiudicazione, uno dei principali istituti di cui tale fase si compone, sono stati definiti la *Grundnorm* dell’intera procedura posto che, nel fissare le “regole del gioco”, incidono sui connotati basilari della gara stessa, condizionando in modo significativo il

\* Questo contributo costituisce il primo risultato di una più ampia ricerca sull’utilizzo dei contratti pubblici quale strumento per il perseguimento di obiettivi sociali e ambientali.

contenuto del successivo contratto<sup>1</sup>; essi, inoltre, guidano e limitano gran parte della discrezionalità (tecnica) che residua all'amministrazione dopo la pubblicazione del bando e indirizzano le strategie delle imprese interessate alla commessa<sup>2</sup>.

Alla luce della rilevanza dei criteri di aggiudicazione, non può stupire che la loro disciplina abbia risentito delle diverse macro finalità che hanno contraddistinto, nel corso del tempo, il settore dei contratti pubblici.

Nella logica contabilistica, la *ratio* principale, se non esclusiva, delle procedure di gara era tutelare l'interesse dell'amministrazione e, in particolare, consentire un controllo finanziario-contabile su fattispecie che producevano un'entrata (contratti attivi) o una spesa (contratti passivi) per lo Stato, nonché evitare favoritismi e abusi da parte dei funzionari e degli operatori economici, assicurando così il rispetto dell'imparzialità dell'agire amministrativo<sup>3</sup>.

Il criterio del prezzo più basso – che priva la stazione appaltante di qualunque spazio di valutazione nella selezione delle offerte, a eccezione della meccanica verifica dell'offerta economicamente più convenien-

<sup>1</sup> L'espressione è di P. PIVA, *Criteri di aggiudicazione*, in R. VILLATA, M. BERTOLISSI, V. DOMENICHELLI, G. SALA (a cura di), *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Padova 2014, 779. Sul tema si v. F. CARDARELLI, *Criteri di aggiudicazione*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, vol. III, *Procedure di gara e criteri di scelta del contraente*, Milano 2019, 531 ss.; R. CARANTA, M.E. COMBA, *Award of contracts covered by EU Public Procurement rules in Italy*, in M.E. COMBA, S. TREUMER (a cura di), *Award of contracts in EU Procurements*, Copenhagen 2013, 127 ss.; A. MASSERA, *Lo Stato che contratta e che si accorda*, Pisa 2011, 195 ss.; G. FONDERICO, *La selezione delle offerte e la verifica dell'anormalità*, in M. CLARICH (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Torino 2010 449 ss.; P. DE NICTOLIS, R. DE NICTOLIS, *Il criterio del prezzo più basso e il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, III, *Le procedure di affidamento e l'aggiudicazione*, Milano 2008, 2100, ss.; S. VINTI, *Limiti funzionali all'autonomia negoziale della pubblica amministrazione nell'appalto di opere pubbliche*, Padova 2008, 396 ss.

<sup>2</sup> Come è noto, nella fase precedente alla pubblicazione del bando l'amministrazione compie scelte espressione di discrezionalità amministrativa mentre, avviata la gara, le valutazioni a essa rimessa sono quasi esclusivamente di natura "tecnica"; cfr. S. VINTI, *L'evidenza pubblica*, in C. FRANCHINI (a cura di), *I contratti con la pubblica amministrazione*, Tomo I, Milano 2007, 304 ss. che utilizza l'espressione "discrezionalità decrescente".

<sup>3</sup> Sul punto v. F.P. PUGLIESE, *Sulla normazione contrattuale pubblica dopo l'unificazione*, in *Quad. storici*, 1971, 731 ss.; F. LEDDA, *Per una nuova normativa sulla contrattazione pubblica*, in *Studi in onore di Antonio Amorth*, I, *Scritti di diritto amministrativo*, Milano 1982, 319 ss. Sulla *ratio* delle procedure a evidenza pubblica, cfr. M.S. GIANNINI, *L'attività amministrativa*, Roma 1962, 46 ss.; Id, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970 677 ss.; sul loro regime giuridico, v. G. GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato. I contratti ad evidenza pubblica*, Milano 1986, 1 ss.

te – era quindi lo strumento quasi esclusivo di scelta tra gli offerenti, perfettamente coerente con un sistema che, nel suo complesso, mirava a soluzioni che garantissero (l’“illusione” di) un alto tasso di automatismo e di meccanicità<sup>4</sup>.

Com’è noto, diversa, se non opposta, è la *ratio* che ha ispirato l’intervento comunitario sul settore, basato sulle previsioni del Trattato in tema di libertà economiche di movimento e rivolto a realizzare “*l’apertura dei mercati nazionali (quale) presupposto di un vero mercato interno in una economia liberamente concorrenziale*”<sup>5</sup>. In altri termini, l’interesse “esterno” dei concorrenti, potenziali aggiudicatari, e non quello dell’amministrazione appaltante, è stato il “bene giuridico” che le direttive hanno preminentemente inteso perseguire<sup>6</sup>.

Al criterio del prezzo più basso si affianca così la cd. “*offerta economicamente più vantaggiosa*” (OEPV) che consente all’amministrazione di prendere in considerazione, oltre il profilo meramente economico, anche elementi ulteriori. Ciò non tanto per permettere a questa di soddisfare in modo più puntuale i suoi bisogni, quanto a garanzia della parità di trattamento tra gli operatori e dell’apertura alla concorrenza delle commesse pubbliche<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> Cfr. M. CLARICH, *I modelli contrattuali*, in *Riv. trim. dir. pubbl. com.*, 2, 2017, 415 ss.; A. PAJNO, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell’economia e contrasto alla corruzione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, 5, 1127, ss.; G.D. COMPORZI, *Introduzione: dal potere discrezionale alle scelte negoziali*, in G.D. COMPORZI, *Le gare pubbliche. Il futuro di un modello*, Napoli 2011, 1 ss.; ID, *Lo stato in gara: note sui profili evolutivi di un modello*, *Dir. econ.*, 2, 2007, 231 ss.; M. CAFAGNO, *Flessibilità e negoziazione. Riflessione sull’affidamento dei contratti complessi*, in *Riv. trim. dir. pubbl. com.*, 5-6, 2013, 991 ss.; ID, *Lo Stato banditore*, Milano, 2001. V. anche L. TORCHIA, *La nuova Direttiva europea in materia di appalti di servizi e forniture nei settori ordinari*, in *Riv. trim. dir. pubbl. com.*, 2-3, 2015, 293 secondo cui la ricerca di meccanicità e automaticità delle procedure finisce per risolversi in una mera illusione.

<sup>5</sup> Il corsivo è di A. MASSERA, *I contratti*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Parte generale*, vol. II, Milano 2003, 1563. Sulla logica diversa, e per certi versi opposta, delle direttive comunitarie rispetto alla disciplina di contabilità, v. G. GRECO, *L’adeguamento dell’ordinamento italiano alle direttive comunitarie in tema di lavori pubblici*, in AA.VV., *Gli appalti dei lavori pubblici nel diritto amministrativo comunitario e italiano*, Milano 1990, 12; M. MAZZAMUTO, *I raggruppamenti temporanei d’imprese tra tutela della concorrenza e tutela dell’interesse pubblico*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2003, 180; R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino 2012, 19.

<sup>6</sup> Cfr. Corte Cost. n. 401 del 2007 su come con il Codice del 2006 sia stato realizzato il definitivo superamento della concezione contabilistica.

<sup>7</sup> Per M. FRANCH, M. GRAU, *Contract Award Criteria*, in M. TRYBUS, R. CARANTA, G. EDELSTAM, *Eu Public Contract Law. Public Procurement and Beyond*, Bruxelles 2013, 127 non è scontato che le regole europee siano volte ad assicurare “*that the contract is awarded*

Nella logica che si è affermata a livello comunitario a partire dalla fine degli anni '90, infatti, tali principi/obiettivi ottengono effettivo invero solo consentendo all'amministrazione, soprattutto nei contratti più complessi, di valutare, nella scelta della migliore offerta, anche elementi ulteriori a quello meramente economico (esemplificativamente, il termine di consegna, il costo d'utilizzazione, il rendimento, la qualità, il carattere estetico e funzionale, il valore tecnico, il servizio successivo alla vendita e l'assistenza tecnica).

Lo spazio di scelta dell'amministrazione – ovviamente corredato da adeguati correttivi per evitare abusi – è stato quindi considerato, in determinate circostanze, con favore poiché ritenuto funzionale a consentire condizioni di maggiore concorrenzialità nell'accesso degli operatori economici a tale peculiare mercato<sup>8</sup>. In linea con questa impostazione, l'art. 21 della legge 11 febbraio 1994, n. 109 (cd. "legge Merloni"), che prevedeva come unico criterio il prezzo più basso, è stato ritenuto contrario al diritto comunitario in quanto privava "le amministrazioni aggiudicatrici della possibilità di prendere in considerazione la natura e le caratteristiche peculiari di tali appalti, isolatamente considerati, scegliendo per ognuno di essi il criterio più idoneo a garantire la libera concorrenza e ad assicurare la selezione della migliore offerta"<sup>9</sup>.

Tale tendenza viene rafforzata dal processo di riforma delle direttive avviato nel 2010, volto a conseguire una maggior efficienza della spesa pubblica – intesa quale miglior rapporto qualità/prezzo – anche attraverso la creazione di condizioni per una concorrenza forte e non falsata e una maggior flessibilità delle procedure di aggiudicazione.

*to the best supplier (...) the rules simply ensure that public bodies operate a non-discriminatory, transparent procurement procedure*".

<sup>8</sup> Per M. CLARICH, *op. ult. cit.*, 416 ss. si può parlare di passaggio "dalla cultura delle regole alla cultura della discrezionalità". Sul "mercato" dei contratti pubblici e sulle peculiarità della sua regolazione, v. M. CORRADINO, G. LICATA, *Autorità Nazionale Anticorruzione*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, vol. I, *Fonti e principi. Ambito. Programmazione e progettazione*, Milano 2019, 432 ss.; L. TORCHIA, *La regolazione del mercato dei contratti*, in *Riv. reg. merc.*, 2, 2016, 72 ss.; S. VALAGUZZA, *Governare per contratto. Come creare valore attraverso i contratti pubblici*, Napoli 2018; ID, *La regolazione strategica dell'Autorità Nazionale Anticorruzione pubblici*, *Riv. reg. merc.*, 1, 2016, 9 ss. S. AMOROSINO, *L'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici: profili di diritto dell'economia (dalla trasparenza alla concorrenza)*, in *Concorrenza e mercato*, 2010, 295 ss.

<sup>9</sup> Cort. giust., 7 ottobre 2004, causa C-247/04, *Sintesi* con nota di J. BERCELLI, *Le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici e il principio comunitario di concorrenza effettiva*, in *Foro amm.* – TAR, 2, 2004, 3239 ss.

Alla base di tale riforma vi è, però, un obiettivo ulteriore, già riconosciuto dalle direttive del 2004 ma con un ruolo secondario e succedaneo rispetto agli obiettivi di mercato<sup>10</sup>, ovvero consentire alle amministrazioni di fare “*un miglior uso degli appalti pubblici a sostegno di obiettivi sociali comuni*”<sup>11</sup> (tra cui la tutela dell’ambiente, la promozione dell’inclusione sociale e la fornitura di servizi ai cittadini di elevata qualità), in modo da perseguire, attraverso i contratti pubblici, gli obiettivi di una *crescita intelligente, sostenibile e inclusiva* individuati dalla strategia *Europa 2020*.

Tale obiettivo di *policy* trova effettivo riscontro, soprattutto grazie agli emendamenti presentati dal Parlamento e dal Consiglio, nelle direttive del 2014 che, oltre a accrescere la flessibilità delle procedure e la “discrezionalità” (in senso a-tecnico) dell’amministrazione<sup>12</sup>, introducono importanti novità di regime giuridico, molte delle quali volte ad ampliare gli spazi per inserire considerazioni non economiche nelle procedure di aggiudicazione dei contratti pubblici.

Nei successivi paragrafi si verificherà se e come tali *policy* abbiano inciso sulla disciplina dei criteri di aggiudicazione e, più in generale, in che termini obiettivi e interessi sociali (occupazione, condizioni di equo trattamento, lavoro dignitoso e contrasto al lavoro minorile, inclusione sociale e accessibilità, pari opportunità etc.) possano venir in rilievo nella fase di valutazione comparativa delle offerte.

L’ampiezza dello spettro degli interessi sociali considerati viene tuttavia canalizzata, e quindi circoscritta, analizzando esclusivamente una sola fase della procedura di affidamento (quella di valutazione comparativa delle offerte) e, in particolare, la disciplina sui criteri di aggiudicazione. Non saranno presi quindi in considerazione, se non incidentalmente, gli altri istituti/meccanismi che, parimenti, si prestano a essere utilizzati per

<sup>10</sup> P. CERBO, *La scelta del contraente negli appalti pubblici fra concorrenza e tutela della “dignità umana*, in *Foro amm.*, TAR, 2010, 1883 ha osservato che “*la possibilità per le amministrazioni di utilizzare criteri sociali (...) va dunque valutata alla luce di un quadro normativo improntato prevalentemente (se non esclusivamente) alla tutela della concorrenza*”.

<sup>11</sup> Cfr. il Libro Verde della Commissione “*sulla modernizzazione della politica dell’UE in materia di appalti pubblici. Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti*, Bruxelles, 27.1.2011 COM(2011), 15 def.

<sup>12</sup> Fuori dal contesto nazionale e in particolare a livello Ue, l’uso del termine discrezionalità nell’ambito della contrattualistica pubblica vale spesso a segnalare la presenza di margini di scelta liberi contrapposti alla produzione di effetti direttamente conseguenziali alla regolamentazione europea e/o domestica; cfr. G. LICATA, *Contratti pubblici e innovazione, in corso di pubbl.*, al momento consultabile tra i “*Papers Convegno annuale Aipda 2019*” su [www.diritto-amministrativo.org](http://www.diritto-amministrativo.org); S. TORRICELLI, *Libertà economiche europee e regime del provvedimento amministrativo*, Rimini, 2013, 26-27.

perseguire tali istanze sociali, quali le specifiche tecniche, i requisiti soggettivi di partecipazione, le condizioni particolari di esecuzione, il subappalto, le procedure riservate/alleggerite<sup>13</sup>.

È opportuno premettere sin d'ora come tale verifica prenderà le mosse dal quadro normativo sovranazionale per poi focalizzarsi sulla disciplina nazionale di recepimento. Ciò dal momento che sono circoscritte le ipotesi in cui l'Unione europea ha imposto agli Stati membri di inserire previsioni volte a funzionalizzare i contratti pubblici a obiettivi di sostenibilità ambientale e sociale (cd. *obiettivi orizzontali*<sup>14</sup>); nella maggior parte dei casi, infatti, è rimesso al livello di governo nazionale – legislatore e/o amministrazione – scegliere se muovere in tale direzione (gli Stati membri, peraltro, entro certi limiti, possono anche spingersi oltre quanto previsto dalle direttive)<sup>15</sup>.

Inoltre, lo strumento normativo di intervento dell'Ue sulla materia (la direttiva), vincola gli Stati membri al raggiungimento di un risultato, lasciando a questi un margine più o meno ampio di scelta in merito alla “forma” e ai “mezzi” da utilizzare per adattare la disciplina europea alle peculiarità delle singole esperienze giuridiche nazionali (incluse quelle specifiche del settore dei contratti pubblici)<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> In dottrina, limitatamente a quella giuspubblicistica, cfr. C. BOVIS, *The Social dimension of EU Public Procurement and The Social market Economy*, in D. FERRI, F. CORTESE (a cura di), *The EU Social Market Economy and the Law. Theoretical Perspectives and Practical Challenges for the EU*, Londra 2019; L. FERRARA, *Clausole sociali e responsabilità sociale dell'impresa nei contratti pubblici tra diritto interno, europeo e globale*, in *Amministrativamente*, 3-4, 2018, 1 ss; R. CARANTA, *Clausole sociali e ambientali e rispetto del principio di concorrenza*, in C. MARZUOLI, S. TORRICELLI (a cura di), *La dimensione sociale della contrattazione pubblica. Disciplina dei contratti ed esternalizzazioni sostenibili*, Napoli 2017, 127 ss. Con riguardo al quadro normativo previgente, v. P. CERBO, *op. ult. cit.*, 1875 ss. e il documento della Commissione europea “*Acquisti sociali. Una guida alla considerazione degli aspetti sociali negli appalti pubblici*” del 26 gennaio 2011 redatto sulla base del documento della Commissione SEC (2010) 1258 def. del 19 ottobre 2010.

<sup>14</sup> S. ARROWSMITH, P. KUNZLIK, *Public procurement and horizontal policies in EC law: general principles*, in S. ARROWSMITH, P. KUNZLIK (a cura di), *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law. New Directives and New Directions*, Cambridge 2009, 9 ss.

<sup>15</sup> In termini critici rispetto alla scelta del legislatore europeo di qualificare come obbligatorie un numero ridotto di previsioni sui “*sustainable procurement*”, A. WIESBROCK, *Socially responsible public procurement. European alue or national choice?*, in B. SJÄFJELL, A. WIESBROCK (a cura di), *Sustainable Public Procurement Under EU Law*, Cambridge 2016, 75 ss.

<sup>16</sup> Per giurisprudenza ormai costante, “*va riconosciuto agli Stati membri un certo potere discrezionale nell'adozione di misure destinate a garantire il rispetto dell'obbligo di trasparenza (...)* Infatti, il singolo Stato membro è nella posizione migliore per individuare, alla luce di considerazioni di ordine storico, giuridico, economico o sociale che gli sono proprie,

Il confronto con la disciplina nazionale è reso necessario anche da una ragione ulteriore, legata ai principi e alle regole sul riparto di attribuzioni tra Ue e Stati membri e a come essi si riflettono sui potenziali conflitti tra l'inserimento di considerazioni di sostenibilità nelle procedure di affidamento e i tradizionali obiettivi del settore (interesse pubblico concreto perseguito dalla PA con il contratto, garanzia di condizioni di "level playing field" tra i concorrenti e apertura alla concorrenza delle commesse pubbliche)<sup>17</sup>. A tal riguardo, se da un lato si può sostenere che il potenziale conflitto tra utilizzo dei contratti pubblici per il perseguimento di finalità orizzontali e obiettivi di mercato può anche essere interamente affrontato a livello sovranazionale, dall'altro non pare potersi disconoscere un ruolo agli Stati membri nel bilanciare il perseguimento di obiettivi di sostenibilità con il tradizionale interesse delle amministrazioni a ottenere la migliore commessa alle migliori condizioni economiche (cd. *best value for money*)<sup>18</sup>.

*le situazioni favorevoli alla comparsa di comportamenti in grado di provocare violazioni del rispetto dell'obbligo summenzionato"; ex multis, Corte giust., 22 ottobre 2015, C-425/14, Impresa Edilux Srl, p. 26. Tale libertà riconosciuta dall'ordinamento sovranazionale deve ovviamente confrontarsi con il divieto di cd. "gold plating" (cfr. legge delega 26 gennaio 2016 n. 11).*

<sup>17</sup> Tali obiettivi a volte possono convergere, in altri casi entrare tra loro in frizione. A mero titolo di esempio, una clausola di equo trattamento dei lavoratori può risultare funzionale ad assicurare la *par condicio* tra gli operatori, così come un criterio di aggiudicazione ecologico che premia il risparmio energetico o particolari modalità di smaltimento e riuso dei materiali può garantire un risparmio di spesa alla stazione appaltante; al contrario, altre clausole sociali o ambientali possono portare un aumento dei costi per la stazione appaltante ovvero confliggere con il *favor participationis*. Risulta quindi necessaria un'analisi caso per caso. Sul punto v. E. COMBA, *Green and Social Considerations in Public Procurement Contracts: A Comparative Approach*, in R. CARANTA, M. TRYBUS, (a cura di), *The Law of Green and Social Procurement in Europe*, Copenhagen 2010, 302 ss.

<sup>18</sup> La tutela delle libertà economiche di movimento sancite dal Trattato, il perseguimento di obiettivi di sostenibilità ambientale e sociale rientrano senz'altro tra le attribuzioni e le *policy* dell'Ue (rispett. artt. 49, 56, 11 e 9 del TFUE); diversamente, l'efficienza della spesa pubblica – nonostante la particolare attenzione a essa riservata dalle direttive del 2014 e i numerosi richiami nel *case law* della CGUE – pare costituire un obiettivo di competenza degli Stati membri; *amplius* E. COMBA, *Variations in the scope of the new EU public procurement Directives of 2014: Efficiency in public spending and a major role of the approximation of laws*, in F. LICHÈRE, R. CARANTA, S. TREUMER (a cura di), *Modernising Public Procurement: The new Directive*, Copenhagen 2014, 29 ss., in part. 46-47 e R. CARANTA, *The changes to the public contract directives and the story they tell about how EU law works*, in *Com. Mark. Law Rev.*, 52, 2015, 403 s. Sul tema v. anche v. S. ARROWSMITH, *Understanding the purpose of the EU's procurement directives: the limited role of the EU regime and some proposals for reform*, in *The Cost of Different Goals of Public Procurement*,

In tale contesto pare inserirsi la previsione oggi contenuta nell'art. 30 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (*Codice dei contratti pubblici*) sui “*Principi per l’aggiudicazione e l’esecuzione di appalti e concessioni*” secondo cui “*Il principio di economicità può essere subordinato (...) ai criteri, previsti nel bando, ispirati (tra le altre n.d.a.) a esigenze sociali (...)*” ma esclusivamente “*nei limiti in cui è espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice*”. Attraverso tale disposizione, che introduce una riserva di legge – e a parte le incertezze interpretative derivanti dalla pluralità di configurazioni possibili del principio di economicità<sup>19</sup> –, il legislatore nazionale si è ritagliato un ruolo determinante nell’individuare i casi in cui alle stazioni appaltanti è consentito, nelle ipotesi di conflitto, far prevalere gli interessi sociali rispetto al principio di economicità e agli interessi a esso sottesi<sup>20</sup>. Da qui, come detto, l’importanza di analizzare la normativa interna di recepimento.

Swedish Competition Authority, 2012, 44 ss. che si sofferma sui contenuti della nozione di “*best value for money*”.

<sup>19</sup> Come osservato da G.M. RACCA, R. CAVALLO PERIN, *Commento agli artt. 1-2*, in L.R. PERFETTI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milano, 2013, 24, per quanto il principio di economicità rappresenti la sintesi di una pluralità di configurazioni, esso va inteso quale minor utilizzo di risorse possibili. Sarebbe interessante una riflessione, che non può essere svolta in questa sede, volta ad appurare se, al di là dell’art. 30 del Codice che pare contrapporre economicità e sostenibilità, dalla nuova disciplina di settore possa ricavarsi una nuova nozione di economicità che comprenda anche la sostenibilità ambientale e sociale. In tal senso A. MASSERA nell’intervento conclusivo del convegno organizzato nell’ambito del master “Appalti pubblici e prevenzione della corruzione”, tenutosi a Ferrara l’8 novembre 2019; v. anche G. LUCIDI, *Le specifiche tecniche dei bandi*, in *Giustamm.it*, 2, 2016, 13. Per interessanti spunti sul criterio di economicità, considerato con riferimento alle modalità di gestione dei servizi pubblici regionali e locali, v. G. CAIA, *Criterio di economicità e servizi pubblici locali nelle prospettive della XVIII legislatura repubblicana*, in AA.VV. *Diritto amministrativo e società civile*, Vol. I, *Studi introduttivi*, Bologna 2018, 327 ss.; ID, *Economicità ed efficienza nei servizi pubblici di trasporto regionale e locale*, in *Federalismi.it*, 20, 2018, 1 ss. Sul tema, v. anche A. MASSERA, *I criteri di economicità, efficacia ed efficienza*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell’azione amministrativa*, Milano, 2017, 40 ss.

<sup>20</sup> Sul punto v. S. VILLAMENA, *Appalti pubblici e clausole ecologiche. Nuove conquiste per la «competitività non di prezzo» anche alla luce della recente disciplina europea*, in *Dir. eco.*, 2, 2015, 365-366; G.M. RACCA, R. CAVALLO PERIN, *op. ult. cit.*, 22 ss.; V. D’ADAMO, *Le clausole sociali negli appalti pubblici: tra libera iniziativa economica e tutela della coesione sociale e territoriale*, in *Urb. app.*, 2014, 7 ss.; M.P. CHITI, *I principi*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, vol. I, Milano 2008, 164.

2. *Rapporti di equiordinazione e di gerarchia nella disciplina generale sui criteri di aggiudicazione: prezzo più basso versus criteri qualitativi*

La proposta di direttiva sugli appalti pubblici presentata dalla Commissione Ue il 20 dicembre 2011, nonostante la particolare enfasi attribuita nella “Relazione di accompagnamento” e nei considerando alla “funzione strategica” dei contratti pubblici e agli obiettivi della strategia “Europa 2020”<sup>21</sup>, non aveva introdotto significative novità rispetto all’art. 53 della direttiva 2004/18/Ce; nella sostanza, si ribadiva il principio di equivalenza tra il criterio dell’OEPV e quello meramente economico (art. 66)<sup>22</sup>. L’unica effettiva novità era consistita nella sostituzione dell’espressione “prezzo” con “costo”, così riconoscendosi all’amministrazione la possibilità di formulare tale secondo criterio sia in termini di “mero prezzo”, sia seguendo un approccio “costo/efficacia”, ad esempio sulla base dei “costi del ciclo di vita” (sulla differenza tra prezzo e costo, v. *infra* § 4). Contenuti diametralmente opposti presentava la successiva proposta del Parlamento che contemplava l’OEPV quale unico criterio di aggiudicazione a disposizione delle amministrazioni, senza alcun riferimento al minor prezzo.

La disciplina vigente di cui all’art. 67 della direttiva 2014/24/Ue ha rappresentato, quindi, una soluzione di compromesso. Tuttavia, non può certo parlarsi di mediazione virtuosa se è vero che, a prescindere da giudizi di merito/opportunità, tale disposizione ha finito per incrementare il livello complessivo di incertezza.

Il paragrafo 1 dell’art. 67 fa riferimento al solo criterio dell’OEPV attribuendogli, però, un significato più ampio rispetto al passato, che pare ricomprendere sia criteri qualitativi sia criteri meramente quantitativi<sup>23</sup>. Il

<sup>21</sup> Comm. europea, Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sugli appalti pubblici, Bruxelles, 20 dicembre 2011, COM(2011) 896 def., 2011/0438 (COD).

<sup>22</sup> Si tenga presente, tuttavia, che nel Libro Verde sulla “Modernizzazione della politica dell’UE” del 27 gennaio 2011, cit., la Commissione si interrogava sull’opportunità di eliminare il criterio del prezzo di più basso (70.1.1.). Sulla disciplina previgente del settore, v. M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano 2008; G. MORBIDELLI, M. ZOPPOLATO, *Appalti pubblici*, in M.P. CHITI, G. GRECO, (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, parte spec., tomo I, Milano 1997, 213 ss.

<sup>23</sup> Sul punto si veda il Considerando 89 secondo cui “per evitare confusione con il criterio di aggiudicazione attualmente noto come «offerta economicamente più vantaggiosa» nelle direttive (del 2004), occorre utilizzare un termine diverso per tradurre tale concetto, il «miglior rapporto qualità/prezzo». Tale più ampio significato della nozione è stato prefe-

successivo paragrafo 2 dispone, infatti, che la (nuova) OEPV è individuata sulla “base del prezzo o del costo, seguendo un approccio costo/efficacia, quale il costo del ciclo di vita conformemente all’articolo 68, e può includere il miglior rapporto qualità/prezzo, valutato sulla base di criteri, quali gli aspetti qualitativi, ambientali e/o sociali, connessi all’oggetto dell’appalto pubblico in questione”.

A rigore, si tratta di una disposizione dal contenuto precettivo di non immediata percezione. L’interpretazione preferibile – come precisato da attenta dottrina<sup>24</sup> – sembrerebbe ammettere sia criteri qualitativi (il miglior rapporto qualità prezzo) sia criteri meramente quantitativi; questi ultimi consisterebbero tanto in criteri basati su un approccio costo/efficacia (quale quello del costo del ciclo di vita disciplinato dall’art. 68), quanto nel tradizionale criterio del prezzo più basso. In altri termini, sebbene dalla lettura dei Considerando e di altre previsioni della direttiva possa evincersi un certo *favor* per i criteri qualitativi<sup>25</sup>, dal testo dell’art. 67 par. 2 non pare emergere alcuna sovra-ordinazione di questi ultimi rispetto a quelli meramente quantitativi, anch’essi qualificabili, quindi, quali criteri ordinari di aggiudicazione<sup>26</sup>.

Merita, un cenno anche il successivo periodo dello stesso art. 67, par. 2, secondo cui gli Stati membri possono prevedere che le amministrazioni aggiudicatrici non utilizzino “solo il prezzo o il costo come unico criterio di aggiudicazione”, o anche “limitarne l’uso a determinate categorie di amministrazioni aggiudicatrici o a determinati tipi di appalto”; a tale possibilità fa riferimento anche il Considerando 90, ricollegandola alla finalità “di incoraggiare maggiormente l’orientamento della qualità degli appalti”.

rito muovendo dalla considerazione che “tutte le offerte vincenti dovrebbero essere infine scelte in base a quella che la singola amministrazione aggiudicatrice ritiene essere la migliore soluzione dal punto di vista economico tra quelle offerte”. Sul tema cfr. anche il parere del Consiglio di Stato, Comm. speciale, 1 aprile 2016, n. 855 sullo schema del Codice.

<sup>24</sup> Cfr. R. CARANTA, *Public procurement and award criteria*, in C. BOVIS (a cura di), *Research Handbook on EU Public Procurement Law*, Cheltenham–Northampton 2016, 151-152, cui si rinvia per più approfondite riflessioni sul testo della direttiva e S. ARROWSMITH, *The law of public and utilities procurement*, Londra 2014, 739.

<sup>25</sup> Cfr. le conc. dell’Avvocato generale Szpunar del 26 giugno 2018, relative alla causa C-546/16, *Montte SL*, p. 60.

<sup>26</sup> Diversa pare la posizione di C. LAMBERTI, S. VILLAMENA, *Nuove direttive appalti: “sistemi di selezione” e criteri di aggiudicazione*, in *Urb. app.*, 8-9, 2015, 881 secondo i quali la previsione sopra richiamata non conterebbe alcun riferimento al criterio del prezzo più basso il quale, invece, troverebbe implicito riconoscimento nell’ultimo periodo dell’art. 67, par. 2, in una posizione recessiva rispetto all’OEPV.

Trattasi di previsione di rilievo posto che, nel limitare i possibili effetti della pronuncia *Sintesi* (come ricordato, tale decisione aveva ritenuto contrario al diritto Ue la limitazione in via legislativa della facoltà di scelta dell'amministrazione del criterio di aggiudicazione da adottare nella singola gara), pare testimoniare una sorta di de-sacralizzazione del principio di concorrenza e un suo bilanciamento più equilibrato con gli altri obiettivi che caratterizzano il settore<sup>27</sup>. A ben vedere, infatti, se in passato lo *spazio dell'amministrazione* nella scelta del criterio di aggiudicazione era stato definito seguendo una logica esclusivamente pro-concorrenziale (v. supra § 1)<sup>28</sup>, nella disposizione richiamata dell'art. 67, par. 2, esso viene delineato alla luce di altri obiettivi: innanzitutto, come si evince dal considerando 90, il *favor* per la qualità delle commesse, ma è innegabile la funzionalità di tale previsione anche a favorire l'utilizzo strategico dei contratti pubblici.

<sup>27</sup> Così A. GIANNELLI, *Contratti pubblici: stabilità del rapporto e interessi pubblici*, in *Dir. econ.*, 1, 2016, 128-129 con riguardo alle modifiche del contratto in fase esecutiva. Da ultimo, M.P. CHITI, *Principi*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, vol. I, *Fonti e principi. Ambito. Programmazione e progettazione*, Milano 2019, 296 ha osservato che nella nuova regolamentazione europea “la concorrenza rimane uno dei principi della disciplina, ma non il primario (se non addirittura esclusivo) come in precedenza (...). Ad essa si sono affiancati altri principi, preposti alla tutela di interessi quali l'ambiente, il lavoro e le condizioni sociali (...) senza alcuna soggezione gerarchica”. Sul punto v. anche A. MASSERA, *Principi procedurali*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, vol. I, *Fonti e principi*, cit., 332 ss. che, puntualmente, mette in correlazione tale evoluzione della disciplina di settore con la più complessiva evoluzione dell'ordinamento Ue. Non è possibile in questa sede soffermarsi sul ruolo e sulla nozione di concorrenza rilevante nel settore dei contratti pubblici; sul tema si rinvia alle interessanti e condivisibili riflessioni di M. CLARICH, *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto europeo e nazionale*, in *Dir. amm.*, 1-2, 2016, 71 ss., per certi versi coincidenti con quelle di S. ARROWSMITH, *The Purpose of the EU Procurement Directives: Ends, Means and the Implications for National Regulatory Space for Commercial and Horizontal Procurement Policies*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 14, 2012, 36 ss. Diversa la posizione di M. D'ALBERTI, *Interesse pubblico e concorrenza nel Codice dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2, 2008, 297 ss. Da ultimo, sul tema v. anche F. CINTIOLI, *Per qualche gara in più. Il labirinto degli appalti pubblici e la ripresa economica*, Catanzaro, 2020, in part. i Capitoli III, IV e V.

<sup>28</sup> Ben noto, peraltro, è il filone giurisprudenziale in tema di offerte anomale, cause di esclusione, limiti al subappalto o all'avvalimento, ove la CGUE – ritenendo sproporzionati, e quindi contrari al diritto Ue, “automatismi legislativi” – ha finito per salvaguardare uno spazio decisionale della stazione appaltante e una sua valutazione in concreto; ma ciò nell'ottica di garantire l'effettività delle libertà economiche di movimento e la partecipazione alla gara nella misura più ampia possibile. Con riguardo al subappalto v., da ultimo, Corte giust., 27 novembre 2019, C-402/18, *Tedeschi Srl*; 26 settembre 2019, causa C-63/18, *Vitali SpA*. Tale *favor* per il livello amministrativo lo si ricava anche nel testo delle direttive; cfr., ad esempio, art. 63, par. 2 della direttiva appalti.

E invero, proprio a tale ultima finalità si è dato rilievo, a livello nazionale, nella scelta di marginalizzare il criterio del prezzo più basso. Ma occorre procedere con ordine.

Pur prendendo le mosse da un quadro complessivo non privo di profili di oscurità, il legislatore interno pare mostrare una maggiore chiarezza di intenti, almeno con riguardo all'aspetto di cui si discute.

Se con l'art. 1 co. 1, lett. ff) della legge delega 28 gennaio 2016, n. 11 è stata assunta la nozione "ampia" di "*offerta economicamente più vantaggiosa*" presente nella direttiva, al tempo stesso è evidente la volontà di superare il rapporto di equiordinazione tra i vari criteri che la compongono: quello del "miglior rapporto qualità/prezzo" e quello basato su un "approccio costo efficacia, quale il costo del ciclo di vita", sono intesi quali criteri ordinari, mentre i criteri del "prezzo più basso" e del "massimo ribasso d'asta" sono collocati in una posizione residuale; si invita, infatti, il legislatore delegato a regolare espressamente criteri, caratteristiche tecniche/prestazionali e soglie che legittimano le stazioni appaltanti a potervi fare ricorso.

Qualche difficoltà interpretativa deriva invece dal d.lgs. 50/2016. L'art. 95, comma 2, prevede infatti che "*le stazioni appaltanti, nel rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento, procedono all'aggiudicazione degli appalti (...) sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo o sulla base dell'elemento prezzo o del costo, seguendo un criterio di comparazione costo/efficacia quale il costo del ciclo di vita, conformemente all'articolo 96*".

Il tenore letterale della disposizione sembrerebbe discostarsi dalle indicazioni della legge delega, posto che, di fatto, sembra ribadire il rapporto di equiordinazione tra criterio qualitativo e criteri quantitativi (sia sotto forma di minor prezzo che di comparazione costo/efficacia) in termini analoghi a quanto previsto dall'art. 67 della direttiva 2014/24/UE (così come sopra interpretato). In realtà, il comma 2 del Codice va letto congiuntamente al successivo comma 4, contenente le ipotesi tipizzate in cui la libertà di scelta dell'amministrazione si estende anche al criterio del "minor prezzo"; queste sono formulate in termini di tassatività, con la precisazione peraltro – contenuta nel successivo comma 5 – che tale scelta per il minor prezzo vada adeguatamente motivata<sup>29</sup>.

<sup>29</sup> V. G. AVANZINI, *I rapporti tra i criteri di aggiudicazione: le novità del Correttivo e l'immediata contestazione del bando di gara*, in *Urb. app.*, 4, 2017, 450 ss.

Tale espresso riferimento a un onere motivazionale (che pare aggiuntivo rispetto a quello che, normalmente, deve accompagnare le scelte sui criteri di aggiudicazione<sup>30</sup>), nonché l'aver circoscritto il ricorso al criterio del minor prezzo a categorie e fattispecie contrattuali tipizzate, sembrano testimoniare come, nelle prime versioni del Codice, in linea con le indicazioni del legge delega, il legislatore abbia inteso qualificare il criterio del minor prezzo quale *soluzione residuale* (finanche eccezionale)<sup>31</sup>, assegnando al criterio qualitativo (miglior rapporto qualità/prezzo), e al criterio basato su un approccio costo/efficacia, la valenza di *criteri ordinari* di aggiudicazione<sup>32</sup>.

Dai lavori preparatori al Codice emerge con chiarezza come la scelta di marginalizzare il criterio del prezzo più basso sia dipesa dalla volontà di “*utilizzare in maniera strategica gli appalti*”<sup>33</sup>, oltre che dalla volontà di ottenere commesse pubbliche di elevata qualità e dalla consapevolezza delle storture derivanti da una competizione basata esclusivamente sul prezzo<sup>34</sup>.

Tali conclusioni circa la posizione “residuale” riconosciuta al criterio del prezzo più basso andranno senz'altro verificate alla luce delle novità introdotte dal d.l. 18 aprile 2019 n. 32 (cd. “*Sblocca cantieri*”)<sup>35</sup> convertito, con modificazioni, dalla l. 14 giugno 2019 n. 55 che ha notevolmente esteso l'ambito di applicazione del criterio del minor prezzo nei contratti

<sup>30</sup> Invero, la scelta tra i vari criteri di aggiudicazione disponibile rientra, per giurisprudenza costante, nella discrezionalità amministrativa (a contenuto tecnico), per quanto trattasi di discrezionalità talmente ampia (sindacabile solo per manifesta illogicità o travisamento dei fatti) da sfiorare il merito amministrativo.

<sup>31</sup> Così Cons. Stato, sez. III, ord. del 5 febbraio 2019, n. 882.

<sup>32</sup> Cons. Stato, sez. III, 5 febbraio 2019, n. 882. In dottrina, D. SENZANI, *Il procedimento ad evidenza pubblica e le procedure di scelta del contraente. Selezione delle offerte e responsabilità dell'amministrazione*, in F. MASTRAGOSTINO, (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici*, Torino 2019, 426 ss.; C. LAMBERTI, *Art. 95*, in L.R. PERFETTI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici. Commentario*, Milano 2017, 839 e 854 ss.; R. DE NICTOLIS, *I nuovi appalti pubblici*, Bologna 2017, 1330 ss.

<sup>33</sup> V. la Scheda di lettura dello schema del Codice, n. 282/1 del 17 marzo 2016, reperibile sul sito della Camera dei Deputati. In dottrina v. C. LACAVA, *I criteri di aggiudicazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 4, 2016, 461.

<sup>34</sup> Si consideri, inoltre, che il criterio del miglior rapporto qualità/prezzo è anche funzionale a valorizzare il contributo dei privati, contribuendo in questo modo ad alleggerire il ruolo istruttorio dell'amministrazione nella definizione dell'oggetto del contratto. Su tali profili, v. G. FONDERICO, *op. ult. cit.*, 456 ss. La ricerca della flessibilità e del “dialogo” della stazione appaltante con il mercato costituiscono, del resto, aspetti centrali della riforma del 2014; cfr. G.D. COMPORI, *La sfida delle nuove direttive europee in materia di appalti e concessioni*, in *Federalismi.it*, 6, 2015, 1 ss.; F. GAMBARDELLA, *Le regole del dialogo e la nuova disciplina dell'evidenza pubblica*, Torino 2016, 5 ss.

sotto-soglia. Queste novità e il loro impatto sulle relazioni tra i vari criteri di aggiudicazione che compongono la macro-categoria dell'OEPV saranno presi in considerazione direttamente nel paragrafo conclusivo del lavoro; ciò pare preferibile dal momento che la presentazione preliminare di alcune riflessioni sul quadro normativo delineato dal legislatore del 2016 consentirà di esprimere un giudizio più consapevole sulla novella del 2019.

3. *Il criterio “generale” del miglior rapporto qualità/prezzo e la possibile rilevanza degli elementi di natura sociale*

La scelta del legislatore del 2016 di riconoscere un ruolo residuale al criterio del prezzo più basso è di rilievo nell'economia del presente lavoro. Il ricorso a tale criterio, infatti, non solo implica una competizione incentrata solo sul prezzo che porta con sé, anche per l'eventualità di ribassi eccessivi, il rischio di incidere negativamente sulle condizioni di sicurezza dei luoghi di lavoro e sul trattamento della manodopera<sup>35</sup>; ma inoltre circoscrive la possibilità di prendere in considerazione interessi sociali alle sole *clausole cd. rigide o fisse* (ovvero quelle che operano secondo un meccanismo di “yes/no”, quali le specifiche tecniche, i requisiti di partecipazione e le condizioni di esecuzione)<sup>36</sup>.

Diversamente, quando il criterio prescelto è l'OEPV individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, è possibile valorizzare i profili sociali dell'offerta attraverso l'attribuzione di punteggi aggiuntivi all'offerente in grado di “superare” gli eventuali standard minimi richiesti dalla *lex specialis* (cd. *clausole flessibili o gradualis*); in tal modo viene anche premiata la capacità/volontà degli operatori economici di elaborare condizioni migliorative sotto il profilo sociale rispetto a quelle individuate dalla stazione appaltante<sup>37</sup>.

A ben vedere, peraltro, la modalità di funzionamento di tali clausole flessibili – ovvero il carattere “premiante” e non “escludente” degli elementi inseriti quali criteri di valutazione del miglior rapporto qualità/

<sup>35</sup> Cfr. Cons. Stato, ad. pl., 21 maggio 2019, n. 8, p. 14 in diritto.

<sup>36</sup> Cfr. C. BARNARD, *To Boldly Go: Social Clauses in Public Procurement*, in *Industrial Law Journal*, 46, 2016, 228.

<sup>37</sup> Sulla distinzione tra “clausole fisse” e “clausole flessibili”, v. S. VILLAMENA, *Codice dei contratti pubblici 2016. Nuovo lessico ambientale, clausole ecologiche, sostenibilità, economicità*, in *Riv. giur. edil.*, 3, 2017, 101 ss.

prezzo – potrebbe rendere più agevole il bilanciamento tra il perseguimento di interessi sociali e il rispetto dei tradizionali obiettivi del settore (interesse negoziale della PA e apertura del mercato)<sup>38</sup>.

La possibilità di inserire criteri sociali tra gli elementi di valutazione dell'OEPV basata sul miglior rapporto qualità/prezzo è oggi espressamente riconosciuta dall'art. 95, co. 6 del Codice<sup>39</sup>; ma in tal senso rileva anche l'art. 69 il quale espressamente prevede che le etichettature – anche quelle riguardanti le caratteristiche sociali del lavoro, del bene o del servizio – possano essere imposte anche tra i criteri di aggiudicazione<sup>40</sup>.

Già nel quadro normativo previgente, pur in assenza di espressi riferimenti nell'art. 68 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, le stazioni appaltanti potevano orientarsi in tal senso<sup>41</sup>. Decisive sul punto sono state le note

<sup>38</sup> Tale aspetto verrà ripreso e chiarito *infra*. Si tenga tuttavia presente che la stazione appaltante potrebbe formulare anche i criteri di aggiudicazione secondo il metodo *yes/no*, comportante l'attribuzione di punteggio fisso e non graduale. Sul tema, da ultimo, cfr. Cons. Stato, 26 marzo 2020, n. 2094 secondo cui una *lex specialis* che prevede la quasi totalità di criteri automatici *on/off*, “*pur ridimensionando in parte il margine di apprezzamento del merito tecnico dell'offerta, non lo esclude, anticipando, piuttosto, la valutazione dei requisiti tecnici che devono essere offerti, con la conseguenza che si ha poi un controllo finalizzato a comprovarne il possesso*”. In precedenza, si sono avute pronunce di diverso tenore, giuste le quali un'elaborazione in via prevalente dei criteri di aggiudicazione secondo modalità *on/off* finisce per “*appiattare la valutazione dell'offerta tecnica e, quindi, per attribuire un peso determinante al valore dell'offerta economica, snaturando il criterio di aggiudicazione previsto in tutti i documenti di gara e imposto, prima ancora, dal legislatore nazionale e comunitario per gli appalti ad alta intensità di manodopera, risultando conseguentemente illegittima*” (così Tar Lazio, Roma, Sez. III, 23 dicembre 2019, n. 14749 ma in termini simili sez. I-bis, 4 maggio 2018, n. 5022, non riguardante servizi ad alta intensità di manodopera). Va ricordato, inoltre, come rientri sempre nella discrezionalità della stazione appaltante la possibilità di prevedere, nel bando, una soglia di sbarramento qualitativa tale da escludere dalla competizione economica quelle offerte tecniche che non raggiungano il livello qualitativo richiesto. Tale modalità di valutazione dell'offerta in più fasi è stata ritenuta compatibile con il diritto Ue, senza che in tal senso rilevi il numero – anche molto esiguo – di offerenti che riescono ad accedere alla seconda fase; cfr. Corte giust., 20 settembre 2018, C-546/16, *Montte*.

<sup>39</sup> L'art. 95, co. 6 lett. a del Codice richiama l'“*accessibilità per le persone con disabilità, progettazione adeguata per tutti gli utenti, certificazioni e attestazioni in materia di sicurezza e salute dei lavoratori, quali OSHAS 18001, caratteristiche sociali, ambientali (...)*”; si v. anche il Considerando 99 della direttiva 2014/24/UE che fa riferimento all'“*agevolazione (...) dell'integrazione sociale di persone svantaggiate o di membri di gruppi vulnerabili tra le persone incaricate dell'esecuzione dell'appalto*”.

<sup>40</sup> Alcune etichettature di livello europeo già prendono in considerazione le condizioni di lavoro lungo la catena di approvvigionamento; cfr. *Piano d'azione nazionale sul Green Public Procurement* come aggiornato dal d.m. 10 aprile 2013 del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, pag. 23.

<sup>41</sup> Un riferimento ai criteri sociali era contenuto nell'art. 120, co. 1, lett. b del d.P.R.

pronunce *Nord pas del Calais* del 2000<sup>42</sup> e *Concordia Bus* del 2002<sup>43</sup> con cui la CGUE ha definitivamente superato la lettura economica della disciplina di settore, fino a quel momento fatta propria dalla Commissione; con tali decisioni, infatti, si è ammesso che tra i criteri dell'OEPV possa darsi rilievo anche a elementi, come la lotta alla disoccupazione o la tutela dell'ambiente, che non portano un beneficio economico (diretto) alla stazione appaltante, ma arrecano vantaggi a soggetti/interessi diversi, quali la collettività e/o l'ambiente in generale<sup>44</sup>.

Le direttive del 2014 e il Codice del 2016 introducono, rispetto alla disciplina precedente, un'importante precisazione che ha l'effetto di ampliare le opportunità per le stazioni appaltanti di premiare le offerte *socialmente meritevoli*: si prevede che il criterio sociale possa riguardare non solo il bene, il lavoro e il servizio oggetto del contratto, ma qualsiasi aspetto e fase del loro ciclo di vita, “*compresi fattori coinvolti nel processo specifico di produzione, fornitura o scambio di questi lavori, forniture o servizi o in un processo specifico per una fase successiva del loro ciclo di vita, anche se questi fattori non sono parte del loro contenuto sostanziale*” (art. 95, co. 11 ove si individuano i casi in cui un criterio può considerarsi “*connesso all'oggetto del contratto*”; sul punto v. *infra*, § 3.1).

L'ammissibilità di criteri premiali di natura sociale riguardanti, non solo le caratteristiche intrinseche del bene, del lavoro o del servizio, ma anche aspetti del loro ciclo di vita e della catena di fornitura che non si incorporano materialmente nell'oggetto del contratto, era stata contestata dalla Commissione la quale aveva sostenuto l'incompatibilità con il diritto Ue di un criterio di aggiudicazione che faceva riferimento a marchi di

5 ottobre 2010, n. 207. Rimane il fatto che l'assenza di un espresso riferimento ai criteri sociali nelle direttive del 2004 aveva creato alcune incertezze; cfr. C. BARNARD, *British Jobs for British Workers: The Lindsey Oil Refinery Dispute and the Future of Local Labour Clauses in an Integrated EU Market*, in *Ind. Law Jour.*, 28, 2009, 273.

<sup>42</sup> Corte giust., 26 settembre 2000, causa C-225/98, *Nord pas del Calais*.

<sup>43</sup> Corte giust., 17 settembre 2002, causa C-513/99, *Concordia Bus*, con commento di M. LOTTINI, *Appalti comunitari: sulla ammissibilità di criteri di aggiudicazione non pretamente economici*, in *Foro amm.*, C.d.S, 9, 2002, 1950 ss.

<sup>44</sup> S. COLOMBARI, *Le considerazioni ambientali nell'aggiudicazione delle concessioni e degli appalti pubblici*, in *Urb. app.*, 1, 2019, 5 ss.; S. VALAGUZZA, *Sustainable Development in Public Contracts. An Example of Strategic Regulation*, Napoli 2016; G.F. FIDONE, *Gli appalti verdi all'alba delle nuove direttive: verso modelli più flessibili orientati a scelte eco-efficienti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 5, 2012, 819 ss.; M. ANDREIS (cura di), *I contratti pubblici tra principi interni e vincoli sovranazionali. Mercato, ambiente, responsabilità*, Milano 2011. R. CARANTA, *Sustainable Public Procurement in the Eu*, in R. CARANTA, M. TRYBUS, (a cura di), *The Law of Green and Social Procurement In Europe*, Copenhagen 2010, 19 ss.

qualità relativi al commercio equo-solidale<sup>45</sup>; la decisione *Max Havelaar* del 10 maggio 2012 ha quindi offerto l'occasione alla Corte di giustizia<sup>46</sup> di pronunciarsi su tale profilo, fornendo indicazioni che il richiamato art. 95, co. 11, del Codice, di fatto, riproduce<sup>47</sup>.

Inoltre, nell'ottica di una maggiore valorizzazione dei profili qualitativi (inclusi quelli sociali), nonché di scongiurare le tradizionali problematiche legate ai ribassi anomali, l'amministrazione potrebbe far ricorso alla possibilità, prevista dal comma 7 dell'art. 95, di configurare l'elemento relativo al costo quale "prezzo o costo fisso" in modo da far competere gli operatori solo sulla base dei profili qualitativi, così risultando la valutazione comparativa svincolata dall'elemento economico<sup>48</sup>. Si tratta della soluzione prevista dall'art. 67, par. 2 della direttiva 2014/24/Ue che il legislatore nazionale, coerentemente con il generale *favor* per l'aspetto qualitativo delle commesse, ha scelto di recepire<sup>49</sup>.

<sup>45</sup> Indicazioni nel senso dell'ammissibilità di criteri non riguardanti direttamente l'oggetto del contratto ma una fase del suo ciclo di vita potevano forse ricavarsi dalla pronuncia del 4 dicembre 2003, causa C-448/01, *EVN AG* che aveva ritenuto legittimo un criterio ecologico che premiava la fornitura di energia rinnovabile. Va tuttavia osservato come vi sia una differenza tra le clausole ambientali e quelle sociali, in quanto queste ultime presentano un legame più tenue rispetto alla natura del prodotto o del servizio; infatti, prima della decisione *Max Havelaar*, la compatibilità con il diritto Ue di clausole relative al commercio equo-solidale o comunque volte a tutelare i diritti umani dei lavoratori coinvolti nella filiera era incerta; cfr. P. CERBO, *op. ult. cit.*, 1892 ss. e C. BARNARD, *British Jobs for British Workers*, cit., 272-273.

<sup>46</sup> Cort. giust., 10 maggio 2012, C-368/10, Commissione europea c. Regno dei Paesi Bassi. Si veda il commento di R. CARANTA, *L'incerta sostenibilità degli appalti pubblici*, in *Urb. app.*, 11, 2012, 1131 ss.

<sup>47</sup> Analoghe previsioni sono ovviamente contenute nella direttiva 2014/24/Ue, all'art. 67 e al Considerando 99 secondo cui "Possono essere oggetto dei criteri di aggiudicazione (...) anche misure intese alla tutela della salute del personale coinvolto nei processi produttivi, alla promozione dell'integrazione sociale di persone svantaggiate o di membri di gruppi vulnerabili nel personale incaricato dell'esecuzione dell'appalto o alla formazione riguardante le competenze richieste per l'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".

<sup>48</sup> Sul punto v. S. VILLAMENA, *Appalti pubblici e clausole ecologiche*, cit., 383 che, correttamente, osserva come non si tratti di un autonomo criterio di aggiudicazione ma di una "sorta di species" del miglior rapporto qualità/prezzo.

<sup>49</sup> A tal riguardo l'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC), nelle Linee Guida n. 2, di attuazione del D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti "Offerta economicamente più vantaggiosa", Delibera 21 settembre 2016, n. 1005, aggiornate al D. lgs 19 aprile 2017, n. 56 con Delibera del Consiglio n. 424 del 2 maggio 2018, ha invitato le stazioni appaltanti a una particolare cautela nel far ricorso alla possibilità prevista dall'art. 95, co. 7 (p. 8).

Rilevanti nell'economia di questo discorso sono anche il comma 13 dell'art. 95 del Codice e i cd. "decreti CAM", entrambi volti principalmente al perseguimento di interessi ambientali, ma non privi – seppur indirettamente – di risvolti sociali.

L'art. 95, co. 13, legittima l'amministrazione a prevedere nel bando, "*compatibilmente con il diritto Ue e i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità*", un punteggio aggiuntivo per i "beni, lavori o servizi che presentano un minore impatto sulla salute e sull'ambiente, ivi compresi i *beni o i prodotti da filiera corta o a chilometro zero*"<sup>50</sup>.

La possibilità di premiare la circostanza che un bene o un prodotto sia stato sottoposto a un numero limitato di passaggi produttivi e di intermediazioni ("*filiera corta*") o abbia percorso una distanza ridotta (che alcune proposte di legge individuerebbe in 70 Km<sup>51</sup>) per arrivare al luogo di vendita e consumo ("*Km 0*"), pare prevista dal Codice in primo luogo per una finalità di tutela generale dell'ambiente (consentire l'abbattimento dell'inquinamento causato dal trasporto). Tuttavia, tale criterio potrebbe anche contribuire a valorizzare le produzioni locali, in tal modo stimolando l'occupazione di un territorio<sup>52</sup>.

Sul valore giuridico delle Linee Guida ANAC e sulla distinzione tra quelle vincolanti e quelle non vincolanti (in questa seconda categoria rientrano le Linee guida n. 2 sopra richiamate), cfr. il parere del Cons. Stato, comm. spec., 2 agosto 2016, n. 1767; in dottrina, oltre gli Autori richiamati *sub* nt. 8, v. G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'ANAC: comandi o consigli?* in *Dir. amm.*, 3, 2016, 273 ss.

<sup>50</sup> In termini simili l'art. 144 riguardante i servizi di ristorazione, che prevede anche la possibilità di premiare i prodotti provenienti "*da operatori dell'agricoltura sociale*".

<sup>51</sup> Cfr. proposta di legge in tema di "Norme per la valorizzazione e la promozione dei prodotti agroalimentari provenienti da filiera corta, a chilometro zero o utile e di qualità", presentata il 23 maggio 2018, A.C. 183-A.

<sup>52</sup> S. VILLAMENA, *Codice dei contratti pubblici*, cit., 101; in tal senso v. anche le *Linee di indirizzo nazionale per la ristorazione ospedaliera pediatrica* del Ministero della salute, p. 14. Del resto, la circostanza che la previsione richiamata nel testo sia anche rivolta alla tutela del lavoro e di profili sociali pare evincersi dall'art. 1, lett. ddd della legge delega n. 11/2016 che richiama la "*valorizzazione delle esigenze sociali e di sostenibilità ambientale, mediante introduzione di criteri e modalità premiali di valutazione delle offerte nei confronti delle imprese che, in caso di aggiudicazione, si impegnino, per l'esecuzione dell'appalto, a utilizzare anche in parte manodopera o personale a livello locale ovvero in via prioritaria gli addetti già impiegati nel medesimo appalto, in ottemperanza ai principi di economicità dell'appalto, promozione della continuità dei livelli occupazionali, semplificazione ed implementazione dell'accesso delle micro, piccole e medie imprese, tenendo anche in considerazione gli aspetti della territorialità e della filiera corta e attribuendo un peso specifico anche alle ricadute occupazionali sottese alle procedure di accesso al mercato degli appalti pubblici, comunque nel rispetto del diritto dell'Unione europea*".

A tal proposito va però tenuto presente che la tendenza, dettata dalla preoccupazione di frizione con le libertà economiche di movimento previste dal Trattato, è di far rientrare nella nozione di “*km 0*” non solo prodotti locali, ma anche prodotti stranieri che abbiano percorso una distanza ridotta dal “punto di sbarco”<sup>53</sup>.

In tale disposizione pare quindi evidente uno sforzo regolativo mirato a conciliare obiettivi sociali e ambientali e libertà economiche. Tale esigenza finisce per produrre peculiari interconnessioni di interessi, tutti rilevanti, sottesi alla previsione di legge: da un lato le libertà di mercato (dimensione globale) non possono essere sacrificate da restrizioni territoriali; dall'altro l'obiettivo della tutela dell'ambiente (dimensione altrettanto globale) può essere perseguito anche attraverso strumenti (le produzioni a km zero e la filiera corta) che possono presentare effetti economici riferiti specificatamente al territorio (dimensione locale); dall'altro, ancora, tale dimensione locale finisce, indirettamente, anche per veicolare interessi sociali, nella misura in cui la filosofia del Km zero o della filiera corta può anche favorire l'occupazione locale.

Con riguardo ai criteri ambientali minimi (CAM) occorre far riferimento all'art. 34 del Codice che, per il *conseguimento di obiettivi ambientali*, impone alle stazioni appaltanti di inserire i CAM nelle “specifiche tecniche” e nelle “clausole contrattuali” (*rectius*, condizioni di esecuzione), nonché di tenerli in considerazione “*nella stesura dei documenti di gara per l'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa*”.

<sup>53</sup> Oltre la proposta di legge *sub* nt. 51, v. Tar Lazio, Latina, sez. I, 19 novembre 2015, n. 751 che fa proprio un concetto relativo di “vicinanza” riferito “*sia al sito di produzione che a quello di commercializzazione*”. La compatibilità con il diritto Ue di clausole che tutelano interessi locali/territoriali è senz'altro problematica, pur non convincendo del tutto quelle letture che le considerano *tout court* illegittime. A tal riguardo va considerata la posizione della Commissione riferita a un criterio che premiava la conoscenza del contesto locale rispetto ad affidamenti di servizi sociali (*Guida relativa all'applicazione ai servizi di interesse economico generale, e in particolare ai servizi sociali di interesse generale, delle norme dell'Unione europea in materia di aiuti di Stato, di appalti pubblici e di mercato interno*, 29 aprile 2013, SWD(2013) 53 def. quesito n. 208) e le articolate riflessioni di C. BARNARD, *op. ult. cit.*, 268 ss. su una condizione di esecuzione che impone di assumere disoccupati “locali”. Ovviamente in tali casi le scelte dell'amministrazione devono risultare strettamente conformi ai criteri di proporzionalità, adeguatezza, coerenza, sistematicità e più in generale al canone di buona amministrazione (cd. “*good governance*”); su quest'ultimo aspetto v. J. MULDER, *Unity and Diversity in the European Union's Internal Market Case Law: Towards Unity in 'Good Governance'?* in *Utrecht Jour. Inter. Eur. Law*, 34, 2018, 4 ss.; sul punto si veda anche E. CARUSO, *L'evoluzione dei servizi sociali alla persona nell'ordinamento interno ed europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 5, 2017, pp. 1156 ss.

I CAM trovano il loro fondamento normativo, nel nostro ordinamento, nell'art. 1, co. 1226 ss. della l. 27 dicembre 2006, n. 296 che, dando attuazione a indicazioni provenienti dall'ordinamento comunitario<sup>54</sup>, ha previsto un "Piano d'azione" allo scopo di disciplinare l'adozione di misure volte all'integrazione delle esigenze di *sostenibilità ambientale* nelle procedure di acquisto di beni e servizi della pubblica amministrazione.

Sulla base di tali disposizioni, con d.m. 11 aprile 2008 del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare (da ora, MATTM), è stato adottato il "*Piano d'azione nazionale sul Green Public Procurement*" (da ora, PAN GPP) che indica gli obiettivi di *sostenibilità ambientale* da raggiungere per gli acquisti in determinate categorie merceologiche individuate dalla legge (all'art. 1, co. 1127, l. n. 296/2006). In particolare, il PAN GPP prevede, tra l'altro, che con successivi decreti del MATTM, sentiti i ministeri concertanti, vengano definiti, per le diverse categorie merceologiche indicate dalla legge, i *criteri ambientali minimi*, ovvero indicazioni tecniche riferite alle diverse fasi delle procedure di gara, inclusa la fase dell'esecuzione del contratto<sup>55</sup>.

Per quanto qui di interesse, va osservato come il PAN GPP abbia fatto riferimento a una *nozione ampia di "sostenibilità"* comprendente, quando possibile, non solo considerazioni di natura ambientale ma anche *aspetti etico-sociali* e relativi alla tutela della sicurezza e della salute. Inoltre, con la sua riforma del 2013 è stata introdotta un'apposita sezione dedicata ai "*socially responsible public procurement*" (SRPP) in cui si segnala l'opportunità, per alcune delle categorie merceologiche interessate dai decreti CAM, di prevedere clausole sociali facendo riferimento alla "*Guida per l'integrazione degli aspetti sociali negli appalti pubblici*". Tale Guida, adottata con d.m. del MATTM del 6 giugno 2012, individua un ampio spettro di interessi sociali, riconducibili a tre tipologie.

a. *In primo luogo*, gli interessi sociali già ampiamente considerati dalla disciplina di settore (rafforzati nel Codice del 2016 e, in precedenza, da alcuni interventi correttivi al d.lgs. 163/2006, ma già oggetto di diffusa

<sup>54</sup> Comunicazione della Commissione "*Politica integrata dei prodotti. Sviluppare il concetto di ciclo di vita ambientale*", 18 giugno 2003, COM(2003) 302 def.

<sup>55</sup> S. COLOMBARI, *Le considerazioni ambientali*, cit., 16 ss.; A. DI GIOVANNI, *L'ambiente sostenibile nel nuovo Codice degli appalti: green public procurement e certificazioni ambientali*, in *Dir. eco.*, 1, 2018, 157 ss. Da ultimo, F. DE LEONARDIS, *Criteri di sostenibilità energetica e ambientale*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, vol. II, *Soggetti. Qualificazione. Regole comuni alle procedure di gara*, Milano 2019, 167 ss.

considerazione<sup>56</sup>), e riferibili sostanzialmente alla tutela delle condizioni occupazionali, contrattuali e retributive dei lavoratori utilizzati dall'aggiudicatario (continuità occupazionale, rispetto delle condizioni normative e retributive previste da CCNL, dialogo sociale, salute e sicurezza dei luoghi di lavoro), nonché all'accessibilità da parte dei soggetti con disabilità.

b. *In secondo luogo*, la Guida – in sintonia con le strategie europee per l'occupazione – individua obiettivi di maggiore inclusione sociale rivolti all'occupazione di segmenti del mercato del lavoro a rischio di esclusione (giovani, minoranze etniche, lavoratori migranti, disabili), obiettivi di promozione della parità di genere e di non discriminazione (età, disabilità, razza, religione o convinzioni personali, orientamento sessuale etc.), nonché di sostegno alla formazione. In questa seconda ipotesi si amplia lo spettro degli interessi sociali tutelabili oltre il segmento dei lavoratori utilizzati dall'aggiudicatario, ma pur sempre indirizzando le misure di tutela e promozione ai mercati del lavoro locali.

c. *In terzo luogo*, ed è questo l'elemento di maggior innovatività per la disciplina nazionale di settore, la Guida fa propria la filosofia della "responsabilità sociale dell'impresa", promuovendo la tutela di diritti sociali previsti da fonti internazionali (soprattutto le Convenzioni OIL) e l'effettività delle legislazioni sociali nazionali con riguardo ai lavoratori coinvolti nell'intera catena di fornitura del bene, del lavoro o del servizio oggetto del contratto<sup>57</sup>.

Alla luce delle indicazioni contenute nel PAN GPP e nel d.m. 6 giugno 2012 del MATTM, in alcuni "decreti CAM" sono state inserite clausole sociali di tutela delle tre categorie di interessi sopra richiamate<sup>58</sup>.

<sup>56</sup> Si pensi, a mero titolo di esempio, all'art. 36 dello Statuto dei lavoratori o alla legge 7 novembre 2000, n. 327 sulla valutazione dei costi del lavoro e della sicurezza nelle gare di appalto. Si tratta di tematiche ampiamente trattate dalla dottrina, soprattutto giuslavoristica; da ultimo, oltre a numerosi saggi, si segnalano due lavori monografici: M. GIACONE, *L'impiego strategico degli appalti pubblici alla luce del d.lgs. 50/2016*, Roma, 2019; D. IZZI, *Lavoro negli appalti e dumping salariale*, Torino 2018, 67 ss.

<sup>57</sup> Si tratta di interessi che trovavano già riscontro nella contrattualistica pubblica di altre esperienze nazionali; cfr. C. MCCRUDDEN, *Buying Social Justice. Equality, Government Procurement & Legal Change*, Oxford 2007 e M.A. CORVAGLIA, *Public Procurement and Labour Rights. Towards Coherence in International Instruments of Procurement Regulation*, Oxford-Portland 2017. Da ultimo, sui contratti pubblici sostenibili nella dimensione internazionale ed europea, v. R. CARANTA, C. CRAVERO, *Sustainability and Public Procurement*, in A. LA CHIMIA, P. TREPTE (a cura di), *Public Procurement and Aid Effectiveness: a Roadmap under Construction*, Oxford 2019, 173 ss.

<sup>58</sup> Si vedano i seguenti decreti pubblicati sul sito del MATTM: d.m. 17 maggio 2018

Né i contenuti del d.m. 6 giugno 2012 né le clausole sociali contenute nei “decreti CAM” sembrano vincolanti per le amministrazioni; infatti, l’art. 34 del Codice – nella misura in cui rende obbligatorio l’inserimento dei CAM nelle specifiche tecniche e nelle condizioni di esecuzione – pare riferibile esclusivamente alle clausole ambientali e non anche a quelle sociali<sup>59</sup>. Il che, tuttavia, non implica una generale non vincolatività delle clausole sociali previste nei documenti richiamati.

Gli interessi sociali della prima tipologia (a), infatti, trovano tutela obbligatoria in specifiche disposizione del Codice loro dedicate, relative alle diverse fasi della procedura (cfr. art. 23 sulla progettazione, art. 80, co. 5 lett. sulla selezione degli offerenti, art. 97, co. 5, sulla valutazione di anomalia, artt. 30 commi 3 e 4, 100 e 105 sull’esecuzione del contratto), inclusa la fase dell’aggiudicazione, oggetto di analisi in questo contributo.

A tal riguardo, l’art. 94 – applicabile a prescindere dal criterio di aggiudicazione prescelto – prevede che la stazione appaltante può decidere di non aggiudicare l’appalto all’offerente che ha presentato l’offerta economicamente più vantaggiosa, se ha accertato che l’offerta non soddisfa gli obblighi di cui all’articolo 30, comma 3”, ovvero “*gli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dalla normativa europea e nazionale, dai contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali elencate nell’allegato X*”.

Tale innovativa previsione sembra attenuare il principio – elaborato dalla giurisprudenza e dall’Autorità di regolazione – secondo cui gli obblighi imposti quali condizioni di esecuzione “*non possono aver alcuna diretta incidenza sulla fase di gara, non possono costituire barriere all’ingresso, non condizionano l’ammissibilità dell’offerta, non ostano alla valutazione dei requisiti soggettivi dei concorrenti e non si inseriscono in essa*”<sup>60</sup>. Tale disposizione invero – nel richiedere alla stazione appaltante

sulle forniture di calzature da lavoro e accessori in palle; d.m. 11 ottobre 2017 sui “CAM edilizia”; d.m. 11 gennaio 2018 relativo alle forniture dei prodotti tessili; d.m. 25 luglio 2011 sulla ristorazione collettiva (si veda anche la relazione di accompagnamento); d.m. 24 maggio 2012 sulla pulizia per edifici (si veda anche la relazione di accompagnamento); d.m. 18 ottobre 2016 sulla sanificazione delle strutture sanitarie.

<sup>59</sup> In tal senso il d.m. 11 gennaio 2018 del MATTM sui CAM tessili; v. anche il Bando Tipo n. 1 dell’ANAC su servizi e forniture nei settori ordinari, adottato con delibera n. 1228 del 22 novembre 2017, che prevede come facoltativo l’inserimento di una clausola relativa al rispetto degli standard sociali previsti dal citato d.m. 6 giugno 2012.

<sup>60</sup> Cfr. TAR Campania, sez. III, 13 febbraio 2017, n. 848; Tar Abruzzo, sez. I, 6 novembre 2014, n. 124; TAR Puglia, Lecce, sez. I, 3 marzo 2016, n. 442. Si vedano anche i pareri sulla normativa di ANAC del 30 aprile 2014, AG 19/201; dell’8 febbraio 2012, AG 3/12 e del 23 gennaio 2013, AG 41/12.

una valutazione prognostica sull'idoneità dell'offerta ritenuta più vantaggiosa ad assicurare il rispetto degli obblighi in materia ambientale, sociale o di lavoro<sup>61</sup> – pare consentire all'amministrazione di non aggiudicare il contratto qualora, dal contenuto tecnico ed economico dell'offerta, possa accertarsi che, in fase esecutiva, non verrà rispettata la clausola di riassorbimento o il trattamento economico previsti dal CCNL che il concorrente dichiara di applicare<sup>62</sup>.

A parere di chi scrive si tratta di una novità importante che testimonia come la riforma avviata dalle direttive del 2014 realizzi un differente bilanciamento rispetto alla disciplina previgente. Sebbene l'art. 94, co. 2, rafforzi la *par condicio* tra i contraenti e, quindi, la *fair competition*<sup>63</sup>, pare innegabile come esso, al contempo, esprima un'attenuazione dell'obiettivo della massima apertura del mercato e del *favor participationis* e un rafforzamento del ruolo della stazione appaltante, nell'ottica di tutelare interessi altri rispetto all'accesso alla gara degli operatori economici<sup>64</sup>.

Una tutela obbligatoria degli interessi sociali della prima tipologia, in particolare della retribuzione minima dei lavoratori utilizzati nell'esecuzione dell'appalto, è inoltre garantita dall'art. 95, co. 10 che, dopo la modifica apportata con il primo decreto correttivo<sup>65</sup>, impone alle stazioni

<sup>61</sup> Cfr. A. SANCHEZ GRAELLS, *Regulatory Substitution Between Labour and Public Procurement Law: The EU's Shifting Approach to Enforcing Labour Standards in Public Contracts*, in *Eu. Publ. Law.*, 24, 2018, 241 ss.

<sup>62</sup> Il parziale stemperamento della regola/principio secondo cui gli obblighi imposti quali condizioni di esecuzione non possono avere alcuna incidenza sulla fase di gara, pare trovare conferma anche con riguardo alle clausole sociali di riassorbimento previste dall'art. 50 del Codice. Invero, nelle Linee guida n. 13, ANAC invita le stazioni appaltanti a prevedere, nella documentazione di gara, che “*che il concorrente alleggi all'offerta un progetto di assorbimento, comunque denominato, atto ad illustrare le concrete modalità di applicazione della clausola sociale, con particolare riferimento al numero dei lavoratori che beneficeranno della stessa e alla relativa proposta contrattuale (inquadramento e trattamento economico)*”. La mancata presentazione del progetto, anche a seguito dell'attivazione del soccorso istruttorio, equivale a mancata accettazione della clausola sociale e, quindi, l'amministrazione è legittimata a escludere l'offerente.

<sup>63</sup> In tal senso, con riguardo alla simile previsione contenuta nell'art. 97, co. 5, lett. a, v. G.S. ØLYKKE, *The provision on abnormally low tenders: a safeguard for fair competition?*, in G.S. ØLYKKE, A. SANCHEZ GRAELLS (a cura di), *Reformation or Deformation of the EU Public Procurement Rules*, Cheltenham-Northampton 2016, 146 ss., cfr., da ultimo, Corte giust., 30 gennaio 2020, C-395/18, *Tim SpA*, p. 38. Sul rapporto tra l'art. 94, co. 2 e l'art. 95, co. 5 del Codice, si rinvia a F. CARDARELLI, *Criteri di aggiudicazione*, cit., 547.

<sup>64</sup> Nel parere n. 855/2016 cit. il Consiglio di Stato ha precisato come non si tratti di “*facoltà ex post mera della stazione appaltante all'esito della selezione, ma va stabilita preventivamente nei documenti di gara*”.

<sup>65</sup> D.lgs. 19 aprile 2017, n. 56.

appaltanti di verificare, prima di procedere all'aggiudicazione, il rispetto dell'articolo 97, co. 5, lettera d), ovvero che il costo del personale non sia "*inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle di cui all'articolo 23, comma 16*". Al di là dei dubbi circa la possibilità di ricavare dalle tabelle ministeriali i salari minimi<sup>66</sup>, è di rilievo sottolineare come tale verifica vada sempre posta in essere, a prescindere dal criterio di aggiudicazione prescelto e, soprattutto, a prescindere dall'instaurarsi di un sub-procedimento di valutazione dell'anomalia dell'offerta. Come correttamente osservato da alcuni giudici di primo grado, il richiamo all'art. 97, co. 5 serve solo a individuare il contenuto della verifica ("il rispetto dei minimi salariali") e – secondo parte della giurisprudenza –

<sup>66</sup> Secondo una parte della giurisprudenza – tra cui Tar Veneto, sez. I, 19 luglio 2018, n. 774 e Tar Lazio, sez. II-bis, 19 giugno 2018, n. 6869 – il riferimento dell'art. 97, co. 5, lett. d, ai minimi salariali retributivi di cui alle tabelle ministeriali di cui all'art. 23, co. 16 è errato in quanto tali tabelle non contengono parametri assoluti e inderogabili, ma solamente "costi orari medi" da cui è possibile discostarsi. Tale posizione si inserisce in un più ampio ragionamento circa la portata innovativa, o meno, delle previsioni del nuovo Codice sui costi del lavoro nell'ambito della valutazione di anomalia, al quale in questa sede è possibile solo accennare. Secondo un orientamento minoritario, fatto proprio – seppur con sfumature un po' diverse – da alcuni giudici di primo grado, le previsioni sui costi del lavoro contenute nell'art. 97 del Codice sulla verifica di anomalia costituirebbero un'evoluzione rispetto alla disciplina previgente, avendo configurato i contenuti delle tabelle ministeriali quale limite invalicabile da cui gli offerenti non potrebbero in alcun modo discostarsi, pena l'esclusione dell'offerta (così Tar Toscana, sez. II, 22 dicembre 2017, n. 1671; in termini simili v. anche Tar Calabria, Reggio Calabria, sez. I, 15 dicembre 2016, n. 1315; Tar Umbria, sez. I, 9 marzo 2018, n. 168). Secondo l'orientamento prevalente, fatto proprio anche dal Consiglio di Stato, invece, l'art. 97 del Codice si pone in continuità rispetto al precedente art. 86 del d.lgs. 163/2006 nel senso che lo scostamento dell'offerta rispetto alle tabelle è ammesso se adeguatamente motivato (ad esempio sulla base di economie di scala, efficienze organizzative, assenza di costi considerati nelle tabelle o peculiari benefici di cui godrebbero le imprese), purché siano rispettati i minimi retributivi dei contratti collettivi (in questo filone si inserisce la giurisprudenza sopra richiamata secondo cui tali minimi non sarebbe rintracciabili nelle tabelle ministeriali). In tal senso si veda il parere del Cons. Stato, com. spec., 3 maggio 2018, n. 1173, ma anche sez. V, 13 novembre 2019, n. 7805, sez. III, 13 marzo 2018, n. 1609; 21 luglio 2017 n. 3623; sez. V, 30 marzo 2017, 1456; 6 febbraio 2017, n. 501. Una posizione per certi versi intermedia tra quelle che quelle che considerano l'art. 97 innovativo e quelle che lo interpretano in continuità con la disciplina previgente può forse rintracciarsi – come pare sostenere anche D. IZZI, *op. ult. cit.*, 113 – in Cons. Stato, sez. III, 15 maggio 2017, n. 2252, secondo cui "*nel mutato quadro ordinamentale (...) l'esigenza indefettibile di tutela dei lavoratori*" deve condurre a valutare "*con particolare rigore*" l'obbligo degli offerenti "*di indicare costi di lavoro conformi ai valori economici previsti dalla normativa vigente*". In altri termini, la centralità riconosciuta alla tutela del lavoro nel nuovo Codice dovrebbe portare amministrazioni e giudici a valutare in modo più rigoroso gli scostamenti dai costi indicati nelle tabelle.

relative modalità di svolgimento della verifica (“procedimento in contraddittorio”), ma non incide sull'*an* di tale obbligo<sup>67</sup>.

Con riguardo, invece, alle altre due tipologie di interessi sopra individuate (b e c), la loro considerazione nell'ambito della procedura di aggiudicazione è rimessa interamente alla scelta discrezionale dell'amministrazione, non rintracciandosi nella disciplina di settore alcuna norma costitutiva di obblighi in tale senso<sup>68</sup>.

Riprendendo in considerazione l'art. 95, co. 6, del Codice che legittima la stazione appaltante a inserire elementi sociali tra i criteri di aggiudicazione dell'OEPV basata sul miglior rapporto qualità/prezzo, va evidenziato come la diversa tipologia di interessi sociali presi in considerazione incida sullo spazio dell'amministrazione nella definizione di tali criteri.

Invero, la prima tipologia (a) trova già una tutela “standard” obbligatoria nelle previsioni sopra richiamate che impongono la loro considerazione principalmente sotto forma di condizioni di esecuzione (art. 30, co. 3 e 4, art. 100) e di specifiche tecniche (art. 23). L'amministrazione potrebbe decidere di definire i criteri di aggiudicazione in termini tali da premiare con un punteggio aggiuntivo le offerte che “superano” tale tutela minima imposta dalla legge (es. trattamenti aziendali integrativi di secondo livello, assorbimento di tutti i dipendenti del precedente aggiudicatario, a prescindere dall'impatto sull'organizzazione di impresa o dal valore dell'appalto)<sup>69</sup>; si tratta, tuttavia, di uno spazio da esercitare

<sup>67</sup> Tar Lazio, sez. I-*bis*, 28 novembre 2019, n. 13665; Tar Lombardia, sez. I, 13 maggio 2019, n. 1067 secondo cui tale verifica deve avvenire in contraddittorio con l'offerente secondo le modalità di cui all'art. 97; Tar Toscana, sez. II, 1 febbraio 2019, n. 165 che invece esclude la necessità di un contraddittorio.

<sup>68</sup> Cfr. S. VALAGUZZA, *Governare per contratto*, cit., 149 s., che distingue tra i casi in cui la definizione degli obiettivi strategici da perseguire attraverso l'affidamento del contratto sia individuata a livello legislativo o di piano strategico destinato alle committenze pubbliche e i casi in cui, invece, è rimessa alla discrezionalità della singola amministrazione. Sulla disciplina vigente in tema di programmazione e progettazione, v. F. PELLIZZER, *La programmazione e la progettazione*, F. MASTRAGOSTINO, (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici*, Torino 2019, 239 ss.

<sup>69</sup> La Commissione europea in più occasione ha fatto riferimento alla possibilità di “combinare” clausole fisse e clausole flessibili (v. guida “Acquisti sociali” del 2011, cit.). Qualora le amministrazioni decidano di orientarsi in tal senso, rileva quanto osservato da ANAC nelle Linee guida n. 2, cit. secondo cui i criteri di valutazione devono risultare “concretamente idonei a evidenziare le caratteristiche migliorative delle offerte presentate dai concorrenti” e “consentire un effettivo confronto concorrenziale sui profili tecnici dell'offerta, scongiurando situazioni di appiattimento delle stesse sui medesimi valori, vanificando l'applicazione del criterio del miglior rapporto qualità/prezzo (...) si dovrebbe attribuire un punteggio positivo solo a miglioramenti effettivi rispetto a quanto previsto a base di gara”.

con particolare cautela, dal momento che condizioni ulteriori a quelle standard imposte dalla legge potrebbero risultare tali da compromettere gli altri interessi rilevanti nell'operazione contrattuale, quali l'apertura alla concorrenza, l'interesse negoziale (di mera commessa) della PA e, finanche, la libertà di iniziativa economica degli operatori<sup>70</sup>.

Diversamente, con riguardo alle altre due tipologie di interessi sociali (b e c), ovvero quelle che non trovano una tutela minima obbligatoria attraverso le clausole fisse (specifiche tecniche e condizioni particolari di esecuzione), il margine di discrezionalità dell'amministrazione nella fase di individuazione dei criteri di aggiudicazione pare, almeno in astratto, più ampio: la stazione appaltante, infatti, potrebbe scegliere di tutelare tali tipologie di interessi esclusivamente nella fase di valutazione comparativa delle offerte, attraverso meccanismi premiali. In tal modo, il pericolo di compromissione di altri interessi risulterebbe meno probabile.

Rimane ovviamente, la necessità, come meglio si dirà nel successivo paragrafo, di formulare tali criteri in modo che risultino verificabili già al momento della valutazione comparativa delle offerte: il fatto che i criteri di aggiudicazione non abbiano un risultato "neutro" rispetto all'esito della gara, nonché il fatto che l'osservanza da parte degli operatori economici delle clausole sociali sia più facilmente accertabile durante l'esecuzione del contratto, costituiscono le principali ragioni per cui gli interessi sociali tendono a essere inseriti sotto forma di condizioni di esecuzione.

Per concludere, risulta evidente come tale articolazione e differenziazione degli interessi sociali che possono venire in rilievo nella fase di valutazione comparativa delle offerte, rende altrettanto articolata e complessa la fase a monte ove l'amministrazione definisce quegli elementi/criteri che intende considerare per l'individuazione dell'OEPV basata sul miglior rapporto qualità/prezzo.

### *3.1. La scelta della stazione appaltante di inserire considerazioni sociali: modalità e limiti. La necessaria connessione con l'oggetto del contratto*

Analizzate per sommi capi le previsioni che legittimano e, in taluni casi, obbligano, l'amministrazione a prendere in considerazione aspetti

<sup>70</sup> In tal senso si v. l'art. 229 della bozza di regolamento previsto dall'art. 216, co. 27-octies del Codice (introdotto dal d.l. 32/2019) che, con riguardo agli affidamenti di servizi ingegneria e architetture e di servizi tecnici nei settori ordinari, prevede che alle prestazioni superiori ai criteri ambientali minimi possa essere attribuito un punteggio che va da 0 a 5.

sociali nella fase di valutazione delle offerte, occorre soffermarsi sul momento “a monte” in cui la stazione appaltante decide se orientarsi in tal senso. Ciò con riguardo alle previsioni sopra richiamate che non sono configurate in termini di obbligatorietà (art. 95, co. 6 e 13) ove, pertanto, risulta rimessa alla decisione discrezionale della stazione appaltante la facoltà di scegliere se, tra gli elementi di valutazione del miglior rapporto qualità/prezzo, far rientrare anche profili sociali.

Come evidenziato dall'ANAC nelle Linee guida n. 2, cit., è già nella fase di progettazione (e forse ancor prima, nel momento di individuazione dei bisogni da soddisfare) che la stazione appaltante dovrebbe individuare quali interessi sociali intende perseguire con la gara, in che modo farlo (attraverso clausole fisse o rigide) e il “peso” da attribuire a ognuno di questi<sup>71</sup>.

Tale scelta incontra ovviamente dei limiti relativi sia al contenuto dei criteri sociali sia alle modalità con cui vanno configurati, che si aggiungono a quelli derivanti dal corretto esercizio della discrezionalità amministrativa e dal rispetto del vincolo di scopo (*rectius*, della funzionalizzazione dell'attività contrattuale della PA)<sup>72</sup>. Invero, i limiti principali sono quelli volti a evitare che “l'utilizzo strategico” dei contratti pubblici entri in contrasto con i principi generali richiamati dall'art. 30, co. 1 del Codice e, più in generale, con l'effettività delle libertà economiche di movimento, con l'obiettivo di apertura alla concorrenza e con l'interesse dell'amministrazione al perseguimento dell'interesse pubblico in linea con i canoni del buon andamento e dell'imparzialità<sup>73</sup>.

<sup>71</sup> Sul punto si veda l'interessante e condivisibile riflessione di S. VALAGUZZA, *op. ult. cit.* 136 che, richiamando l'esperienza britannica, mette in luce l'importanza di una fase di “pianificazione strategica” – declinata già a monte, a livello centrale/governativo – in cui individuare gli obiettivi, anche di natura ambientale e sociale, che le stazioni appaltanti devono perseguire con la loro attività contrattuale.

<sup>72</sup> Il criterio sociale (e la sua ponderazione) non deve risultare tale da portare alla scelta di un'offerta inidonea a soddisfare il fine pubblico concreto che con la commessa si intende perseguire (anche se il rischio che l'inserimento di considerazioni di sostenibilità comprometta il fine della commessa riguarda soprattutto i casi in cui queste sono prese in considerazione nelle specifiche tecniche).

<sup>73</sup> Da ultimo, per una interessante panoramica dei principi del settore e delle loro ricadute procedurali, v. M.P. CHITI, *Principi.*, 285 ss.; A. MASSERA, *Principi procedurali*, cit., 331 ss. Sul tema v. anche S.S. SCOCA, *I principi dell'evidenza pubblica*, in C. FRANCHINI (a cura di), *I contratti di appalto pubblico*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, Torino, 2010, 289 ss. Sull'incidenza dei principi costituzionali sull'attività negoziale della p.a., V. CERULLI IRELLI, *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali*, *Dir. amm.*, 2, 2003, 243 ss.; sull'incerto rapporto tra i principi di buon andamento e imparzialità, v. G. GARDINI, *La dirigenza pubblica in cerca di identità*.

Nello specifico, il rispetto dei principi di trasparenza, non discriminazione e parità di trattamento richiede che la valutazione comparativa si basi su criteri chiari e noti in anticipo<sup>74</sup> che devono risultare “oggettivi”, ovvero idonei a essere applicati in modo obiettivo e uniforme a tutti i concorrenti, nonché verificabili da parte della stazione appaltante; inoltre, devono essere formulati in modo tale da non attribuirle un potere illimitato di scelta che contrasterebbe con la garanzia di una concorrenza effettiva<sup>75</sup>. A tal riguardo si segnala che il d.m. 6 giugno 2012 e i “decreti CAM” contengono importanti indicazioni, anche di natura operativa, volte a garantire la verificabilità del rispetto degli obblighi e degli impegni derivanti dalle clausole sociali.

Inoltre, il Codice prescrive che i criteri di aggiudicazione risultino “*pertinenti alla natura, all’oggetto e alle caratteristiche del contratto*”, nonché “*connessi all’oggetto dell’appalto*” (art. 95, co. 6); va precisato come per “oggetto del contratto” si intenda la prestazione dedotta in obbligazione.

A una prima lettura si potrebbe ritenere che tali condizioni abbiano contenuto analogo; del resto, nel Codice del 2006 la prima costituiva la formula utilizzata dal legislatore nazionale per “tradurre” il requisito del collegamento con l’oggetto dell’appalto previsto dalla direttiva 2004/18/Ce. Tuttavia sia ragioni semantiche, sia la circostanza che l’art. 95, co. 6, del Codice le richiama entrambe, suggeriscono una lettura nel senso di una loro diversa portata precettiva per l’amministrazione.

A ben vedere, la condizione della *pertinenza* dei criteri di aggiudicazione *alla natura, all’oggetto e alle caratteristiche del contratto* sembra espressione dei principi generali dell’agire amministrativo<sup>76</sup>, richieden-

*Riflessioni alla luce di una riforma interrotta*, in *Dir. pubbl.*, 1, 2017, 163 ss.; ID, *L’imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione: organizzazione e ruolo della dirigenza pubblica nell’amministrazione contemporanea*, Milano 2003; sulla legalità costituzionale dell’amministrazione, M. MAGRI, *Legalità costituzionale dell’amministrazione. Ipotesi dottrinali e casistica giurisprudenziale*, Milano 2002 e, da ultimo, ID, *Democrazia costituzionale, ruolo dell’amministrazione e diritto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 3, 2018, 697 ss.

<sup>74</sup> Cons. Stato, sez. V, 1 ottobre, 2010, n. 7256.

<sup>75</sup> Cfr. art. 67, par. 4 e Considerando 90 della direttiva 2014/24/Ue, nonché l’art. 95, co. 1 e 6 del Codice.

<sup>76</sup> Per alcune interessanti indicazioni sulla nozione di “pertinenza”, anche se nell’ambito di una decisione riguardante la valutazione di anomalia dell’offerta, si v. Cons. Stato, sez. V, 7 agosto 2008, n. 3900, n. 3900 e 3901 e 10 giugno 2008, n. 3896. Sui principi generali dell’agire amministrativo, v. M.A. SANDULLI, *Il codice dell’azione amministrativa. il valore dei suoi principi e l’evoluzione delle sue regole*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell’azione amministrativa*, Milano 2017. Sullo statuto giuridico unitario dell’attività

dosi alla stazione appaltante una valutazione complessiva dei diversi profili che possono rilevare nella definizione dei criteri di aggiudicazione: riprendendo le espressioni utilizzate in dottrina, l'amministrazione deve valutare l'"*appropriatezza del fattore (sociale) rispetto alla tipologia (ma anche alla fisiologia) dell'appalto*"<sup>77</sup>. Ad esempio, prendendo in considerazione le caratteristiche dei lavori/beni e servizi che si intendono acquistare, ma anche il settore merceologico a cui il contratto afferisce e il relativo mercato<sup>78</sup>.

A tal riguardo, se si analizzano i criteri sociali contenuti nei "decreti CAM", è interessante notare come l'introduzione di profili concernenti la "responsabilità sociale dell'impresa" (la tipologia di interessi sociali *supra* indicata con la lett. c) si adattino meglio rispetto a settori merceologici (ad esempio calzature e tessile) dove più rileva il tema della tutela sociale sull'intera filiera produttiva; in tali settori infatti, ove sono maggiori i rischi di sotto-tutela e quindi di *dumping sociale* e concorrenza sleale, l'obiettivo di favorire l'applicazione delle norme internazionali di tutela e delle legislazioni sociali nazionali nei mercati dei Paesi in via di sviluppo, assume rilievo preminente.

Più restrittiva e problematica è invece la condizione della connessione con l'oggetto del contratto, espressione di preoccupazioni che sembrano andar oltre il mero rispetto dei canoni del corretto agire amministrativo, e quindi maggiormente incentrata sui cd. "*market concerns*".

Tale condizione, sviluppata dalla CGUE a partire dalla nota sentenza *Concordia Bus*, presuppone che i criteri di aggiudicazione riguardino il lavoro, la fornitura o il servizio oggetto del contratto ovvero una fase del loro ciclo di vita (art. 95, co. 11); essa risulta tale da escludere, ad esempio, che la stazione appaltante, nella fase della valutazione comparativa, possa giudicare la "politica generale" dei potenziali offerenti, premiando ad esempio la loro responsabilità sociale e/o ambientale. Chiaro in tal senso il Considerando 97 della direttiva appalti secondo cui "*la condizio-*

amministrativa, provvedimentale e/o consensuale, v. F.G. SCOCA, *Autorità e consenso*, in *Dir. amm.*, 3, 2002, 452 ss.

<sup>77</sup> Così S. VILLAMENA, *Appalti pubblici e clausole ecologiche*, cit., 372 con riguardo ai criteri ambientali. Cfr. anche A. SANCHEZ GRAELLS, *Public Procurement and the Eu Competition Rules*, Oxford-Portland 2015, 283 secondo cui "*As regard the suitability of award criteria, then, the analysis should be conducted on a case by case basis, since a particular criterion might be relevant and adequate in some case, and completely irrelevant and unacceptable in other case, depending on the subject-matter of the contract*".

<sup>78</sup> Cfr. ANAC, Linee guida n. 2, cit. In giurisprudenza, da ultimo, cfr. Cons. Stato, sez. V, 7 febbraio 2018, n. 817.

*ne di un collegamento con l'oggetto dell'appalto esclude criteri e condizioni riguardanti la politica aziendale generale, che non può essere considerata un fattore che caratterizza il processo specifico di produzione o fornitura dei lavori, delle forniture o dei servizi oggetto dell'acquisto. Le amministrazioni aggiudicatrici non dovrebbero pertanto avere la facoltà di imporre agli offerenti di attuare una determinata politica aziendale di responsabilità sociale o ambientale”.*

L'aver ammesso criteri connessi non solo all'oggetto del contratto in sé e alle sue caratteristiche intrinseche, ma anche al suo ciclo di vita (compresi i fattori coinvolti nel processo specifico di produzione e di fornitura; cfr. art. 95, co. 11 cit.), ha certamente ampliato lo spazio per gli appalti sostenibili, soprattutto dal punto di vista sociale<sup>79</sup>. Tuttavia, la scelta del legislatore europeo di confermare la condizione del necessario collegamento con l'oggetto del contratto – anzi di rafforzarla dal momento che nelle direttive del 2004 tale condizione era prevista solo per i criteri di aggiudicazione, mentre ora è richiamata anche per le specifiche tecniche, le etichettature, le varianti, i criteri di selezione, le condizioni di esecuzione – costituisce un limite significativo, a parere di chi scrive eccessivo, all'utilizzo “strategico” dei contratti pubblici, e in particolare alla funzione di stimolo a generare comportamenti virtuosi da parte delle imprese; ciò, peraltro, in parziale contrasto con l'obiettivo, alla base della riforma del 2014, di favorire “*un miglior uso degli appalti pubblici a sostegno di obiettivi sociali comuni*”.

Per verificare la fondatezza della posizione che si sostiene, occorre soffermarsi sulle funzioni che vengono attribuite a tale condizione.

La Commissione, nel Libro Verde del 2011, aveva valutato la possibilità di abbandonarla, salvo poi introdurla (e, come detto, rafforzarla) nella sua proposta di direttiva che, sul punto, non è stata oggetto di emendamenti da parte del Parlamento e del Consiglio<sup>80</sup>. Nello stesso documento si evincono le ragioni che hanno portato la Commissione a orientarsi in tal senso: il superamento del collegamento con l'oggetto del contratto avrebbe potuto compromettere una serie di interessi/obiettivi rilevanti, quali il rispetto dei principi e delle regole di origine europea sugli appalti pubblici (in particolare la non discriminazione tra imprese) e sugli aiuti di stato (in particolare sotto il profilo della convergenza dei suoi sistemi regolativi), la garanzia della certezza e della prevedibilità per le imprese,

<sup>79</sup> V. *supra*, § 2, *sub* nt. 45.

<sup>80</sup> Cfr. Libro Verde sulla “*Modernizzazione della politica dell'UE*” del 27 gennaio 2011, cit., p. 42-43.

il *favor* per l'accesso a tale peculiare mercato delle PMI, la promozione dell'innovazione, nonché l'uso efficiente dei fondi pubblici.

Simile è la posizione della dottrina prevalente che ritiene tale condizione necessaria per evitare “*pratiche discriminatorie*” e “*nazionalismi dissimulati*” e quindi per prevenire “*effetti distorsivi sulla concorrenza*” e discriminazioni tra gli operatori economici; per “*rendere verificabile l'effettiva corrispondenza tra procedura di aggiudicazione e funzione cui la stessa è destinata*”<sup>81</sup>; nonché per consentire alla stazione appaltante di “*comprendere l'effettiva qualità della proposta presentata dall'operatore*”<sup>82</sup>.

Altra dottrina, allo stato minoritaria, ha auspicato quantomeno un allentamento del necessario legame con l'oggetto del contratto, ben evidenziando l'incongruenza, e per certi versi l'infondatezza, di alcune delle preoccupazioni della Commissione (in particolare di quelle relative all'uso efficiente delle risorse pubbliche, sugli aiuti di stato, sull'accesso delle PMI e sul *favor* per l'innovazione); è stato anche sottolineato come nessuno degli studi sull'impatto delle direttive di settore abbia dimostrato eventuali rischi legati a un allentamento di tale condizione<sup>83</sup> che, anzi, se applicata in modo eccessivamente rigido, potrebbe portare a non trascurabili cortocircuiti<sup>84</sup>.

La questione è troppo complessa per poter essere affrontata compiutamente in questa sede, e quindi ci si sofferma solo su alcune paventate criticità derivanti da un eventuale superamento del necessario legame con l'oggetto del contratto. Si fa riferimento, in particolare, ai profili messi in evidenza dalla dottrina sopra richiamata<sup>85</sup>, relativi (1) alla garanzia

<sup>81</sup> C. COLOSIMO, *L'oggetto del contratto, tra tutela della concorrenza e pubblico interesse*, in G.D. COMPORITI (a cura di), *Le gare pubbliche. Il futuro di un modello*, Napoli 2011, 78 e 83-84. Si vedano anche le pp. 122 ss. di tale interessante e completo contributo ove l'Autrice osserva come, senza il requisito della connessione con l'oggetto con contratto, “*si arriverebbe al paradosso di acconsentire all'utilizzo dell'appalto per il perseguimento di finalità di per sé autosufficienti e del tutto scollegate con l'oggetto del contratto. Si rischierebbe, in sostanza, di far divenire l'appalto un contenitore per vicende allo stesso del tutto estranee, con effetti negativi sugli equilibri fisiologici del mercato*” (p. 130). Sul tema v. anche M. MARTENS, S. DE MARGERIE, *The Link to the Subject-Matter of the Contract in Green and Social Procurement*, in EPPPL, 1, 2013, 8 ss.

<sup>82</sup> S. VILLAMENA, *Appalti pubblici e clausole ecologiche*, cit., 373 che riprende un esempio di F. GAVERINI, *Attività contrattuale della P.A. e protezione dell'ambiente: gli appalti verdi*, in *Riv. giur. edilizia*, 2009, 165.

<sup>83</sup> A. SEMPLE, *The link to the subject: a glass ceiling for sustainable public procurement*, in B. SJÄFJELL, A. WIESBROCK (a cura di), *Sustainable Public Procurement Under EU Law*, Cambridge 2016, 63 (in part. gli studi richiamati dall'Autrice alle note 42 e 43).

<sup>84</sup> A. SEMPLE, *op. ult. cit.*, 66 ss.

<sup>85</sup> *Sub nt.* 81 e 82.

della parità di trattamento tra gli operatori economici e della condizione di certezza/prevedibilità da assicurare agli stessi e (2) alla necessità che la stazione appaltante sia messa nelle condizioni di poter ben valutare la qualità delle offerte.

(1) Quanto al primo profilo, esso potrebbe risultare effettivamente problematico se si consentisse a ogni singola stazione appaltante di individuare, caso per caso, criteri sociali premianti del tutto slegati dall'oggetto della commessa. In tal modo, infatti, l'amministrazione avrebbe effettivamente la possibilità di porre in essere favoritismi e scelte protezionistiche difficilmente dimostrabili in sede giudiziaria; inoltre, potrebbe risultare pregiudicata la certezza per gli operatori economici che il collegamento con l'oggetto dell'appalto per certi versi garantisce.

Tali rischi, come detto, sono oggi evitati attraverso una preclusione *tout court* della possibilità di considerare la complessiva politica aziendale di un offerente; è vietato, ad esempio, premiare i fornitori di caffè che, in generale (e non solo con riguardo alla specifica fornitura oggetto della commessa), operano in modo socialmente responsabile.

Tale divieto generalizzato pare sproporzionato rispetto all'obiettivo perseguito. Lo stesso risultato, infatti, potrebbe essere raggiunto con una predeterminazione a livello normativo, o mediante atti amministrativi di carattere generale, dei criteri sociali non collegati all'oggetto del contratto (i decreti CAM sembrano, in astratto, uno strumento adeguato a svolgere tale funzione). In tal modo si realizzerebbe un bilanciamento più equilibrato tra i diversi obiettivi della disciplina di settore, in linea con i principi di sussidiarietà e proporzionalità che regolano il rapporto tra ordinamento europeo e nazionale.

(2) Anche il secondo profilo, ovvero il rischio che criteri di aggiudicazione scollegati dall'oggetto del contratto non consentano alla stazione appaltante di comprendere l'effettiva qualità della proposta, non pare giustificare una condizione così limitativa dell'utilizzo strategico dei contratti pubblici. In dottrina, a supporto della essenzialità del legame con l'oggetto del contratto sancito dall'art. 95, co. 6, viene richiamato l'esempio di un affidamento di un servizio di trasporto ove il bando preveda punteggi aggiuntivi per chi dimostri la minore produzione di Co2 dei mezzi proposti. Che fare se un concorrente si impegna a raggiungere lo stesso risultato ambientale (diminuzione del Co2) con modalità diverse, ad esempio piantando una determinata quantità di alberi o impegnandosi a svolgere una campagna di educazione ambientale? Potrebbe la stazione appaltante egualmente ritenere rispettata la clausola ecologica senza che

ne risultino compromessi la parità di trattamento degli operatori e l'interesse negoziale della PA<sup>86</sup>.

Nemmeno in questo caso i rischi paventati in dottrina sembrano tali da rendere necessaria la condizione del legame con l'oggetto del contratto così come oggi prevista. I principi generali dell'agire amministrativo, e quelli propri di tale peculiare settore, già impongono all'amministrazione di formulare criteri di aggiudicazione sufficientemente precisi e circostanziati, e comunque tali da non conferire alla stessa, nella fase di valutazione comparativa delle offerte, una libertà di scelta illimitata; circostanza che, invece, sembra ricorrere nell'esempio sopra richiamato.

In altri termini, né ragioni legate all'effettività delle libertà economiche di movimento, né obiettivi domestici legati all'interesse negoziale della p.a. sembrano ostare a un ripensamento del divieto del necessario legame con l'oggetto del contratto e a un diverso bilanciamento tra obiettivi di mercato e finalità sociali, più in linea con il principio dello sviluppo sostenibile<sup>87</sup>.

Una riflessione conclusiva va svolta con riguardo al "peso" che può essere attribuito ai criteri di natura sociale. Chi solitamente, in una logica neoliberista, vede con disfavore l'utilizzo dei contratti pubblici quale strumento per il perseguimento di obiettivi di sostenibilità, ritiene che ai criteri non economici debba essere riconosciuto un peso residuale e, in ogni caso, non tale da prevalere sulle "*economic considerations*" e/o da restringere la platea dei potenziali concorrenti<sup>88</sup>.

Tale posizione, oltre che non condivisibile, non trova conferma nel *case law* della CGUE che, in alcune importanti decisioni, ha riconosciuto ampia libertà alla stazione appaltante nell'individuare il bilanciamento tra criteri economici e criteri di altra natura. Si fa riferimento, in particolare, alla sentenza *EVN AG* ove la CGUE, dopo aver sottolineato la

<sup>86</sup> V. gli Autori richiamati *sub* nt. 82. In giurisprudenza, sul requisito della connessione con l'oggetto del contratto, v. da ultimo Cons. Stato, sez. V, 17 dicembre 2019, n. 8534; Tar Puglia, Bari, sez. II, 1 agosto 2018, n. 886.

<sup>87</sup> Quello indicato nel testo è soltanto uno spunto di riflessione problematica in una prospettiva *de iure condendo*, che implicherebbe modifiche più ampie e sistematiche. Si tenga presente, ad esempio, che i criteri di aggiudicazione di natura soggettiva che riguardano l'offerente (in particolare, la sua organizzazione, ovvero le qualifiche e l'esperienza del personale) possono essere presi in considerazione, allo stato attuale, solo qualora presentino un'influenza significativa sul livello dell'esecuzione dell'appalto (art. 95, co. 6, lett. e, del Codice). Sull'importanza di "disegnare" la regolamentazione sui contratti pubblici, sia quella generale sia quella speciale, in conformità al principio dello sviluppo sostenibile, v. S. VALAGUZZA, *Sustainable Development*, cit., *passim*.

<sup>88</sup> A. SANCHEZ GRAELLS, *op. ult. cit.*, 385 e 387.

libertà della stazione appaltante di definire la ponderazione dei criteri, ha ritenuto legittimo un criterio ecologico cui era stato attribuito un coefficiente del 45% del punteggio complessivo<sup>89</sup>; ma di rilievo è anche la sentenza *Concordia Bus* ove si è precisato come “*il fatto che uno dei criteri adottati (...) potesse essere soddisfatto soltanto da un piccolo numero di imprese, fra le quali figurava un’impresa appartenente alla detta amministrazione, non è di per sé tale da costituire una violazione del principio della parità di trattamento*”<sup>90</sup>.

A tal riguardo merita un cenno il comma 10-*bis* dell’art. 95 del Codice con il quale il legislatore nazionale, in caso di scelta del criterio del miglior rapporto/qualità prezzo, ha individuato un tetto massimo per il punteggio da attribuire al criterio economico (30%), nell’ottica di valorizzare gli elementi qualitativi dell’offerta<sup>91</sup>.

Quanto sinora sostenuto non implica che l’amministrazione non incontri limiti nella decisione discrezionale del peso da attribuire ai criteri sociali. Fermo restando che la ponderazione deve essere previamente definita<sup>92</sup> e tale da consentire una valutazione sintetica dei criteri adottati<sup>93</sup>, essa va realizzata, anche con riguardo allo scarto tra il minimo e

<sup>89</sup> Corte giust., 4 dicembre 2003, causa C-448/01, *EVN AG*, p. 35 ss. Sebbene non con riguardo a criteri di natura sociale o ambientale, la CGUE ha recentemente ribadito che “*le amministrazioni aggiudicatrici dispongono (...) della libertà di determinare, conformemente alle loro necessità, in particolare, il livello di qualità tecnica che le offerte presentate devono garantire in funzione delle caratteristiche e dell’oggetto dell’appalto in questione, nonché della libertà di stabilire una soglia minima che tali offerte devono rispettare da un punto di vista tecnico*” (Corte giust., 20 settembre 18, causa C-546/16, *Montte SL*, p. 32).

<sup>90</sup> Corte giust., 17 settembre 2002, causa C-513/99, *Concordia Bus*, cit., p. 85.

<sup>91</sup> Al tal riguardo si tenga presente che il d.l. n. 32/2019 aveva ri-attribuito un ruolo centrale all’elemento economico anche nelle valutazioni delle offerte secondo il criterio del miglior rapporto qualità/prezzo. Infatti, nell’abrogare il comma 10-*bis* dell’art. 95, aveva eliminato l’obbligo di introdurre un limite al “peso” del punteggio economico. Tale abrogazione non è stata convertita in sede di conversione di guisa che è tutt’ora vigente la regola secondo cui in caso si scelga il criterio del miglior rapporto qualità/prezzo “*la stazione appaltante stabilisce un tetto massimo per il punteggio economico entro il limite del 30 per cento*”. La modifica dell’art. 95 comma 10-*bis* del Codice era stata suggerita dall’AGCM che aveva ritenuto tale disposizione in contrasto con i principi di concorrenza, non discriminazione e parità di trattamento (AS1422 – *Normativa in materia di criteri di aggiudicazione di appalti*, 18 agosto 2017, Bollettino n. 32 del 21 agosto 2017). Tale previsione pare, in effetti, presentare profili di frizione con il diritto Ue e, in particolare, con quel filone giurisprudenziale refrattario alla previsione, in via legislativa, di limiti quantitativi astratti e predeterminati (*supra, sub. nt. 28*).

<sup>92</sup> Con l’eccezione di cui all’art. 95, co. 9 legata a “ragioni oggettive” e che, comunque, richiede di indicare i criteri in ordine decrescente di importanza.

<sup>93</sup> Corte giust., 4 dicembre 2003, causa C-448/01, *EVN AG*, cit., 39.

il massimo, in conformità al principio di funzionalizzazione dell'attività contrattuale della PA (non potendosi quindi attribuire ai criteri sociali punteggi così elevati da compromettere la possibilità dell'amministrazione di ottenere un bene, un lavoro o un servizio adeguato alle sue esigenze); nonché nel rispetto dei principi di ragionevolezza, non discriminazione, proporzionalità/adeguatezza etc. Di guisa che, come sottolineato dall'ANAC, si deve ad esempio tener conto della specificità dell'appalto, della proporzionalità tra il criterio e il bisogno che con esso si intende soddisfare, delle reali possibilità del mercato di sviluppare una determinata caratteristica<sup>94</sup>.

#### 4. *Il criterio dei costi del ciclo di vita e il suo (ancora) incerto utilizzo per il perseguimento di obiettivi sociali. Cenni*

Oltre al miglior rapporto qualità prezzo, il Codice configura quale criterio ordinario di aggiudicazione quello basato sulla comparazione costo/efficacia di cui la variante più nota, se non l'unica, è il criterio dei cd. *costi del ciclo di vita*<sup>95</sup>. Esso si inserisce in una più generale evoluzione, consacrata con le recenti riforme, volta a superare la concezione "bifasica" della contrattualistica pubblica a favore di una considerazione complessiva e olistica del contratto, quale operazione economica rilevante in tutte le sue fasi<sup>96</sup>.

Utilizzato per la prima volta negli acquisti del Dipartimento della difesa degli Stati Uniti, il criterio dei costi del ciclo di vita è innanzitutto funzionale al perseguimento di obiettivi di risparmio di spesa stante la possibilità di una valutazione completa dei costi della commessa, comprendente tutti i costi "*dalla culla alla tomba*" anche quando non inclusi

<sup>94</sup> Cfr. ANAC, Linee guida n. 2, cit., 9. Per costante giurisprudenza, la scelta operata dall'amministrazione relativamente ai criteri di valutazione delle offerte, compreso il peso da attribuire ai singoli elementi, è espressione dell'ampia discrezionalità attribuitale dalla legge per meglio perseguire l'interesse pubblico e come tale è sindacabile in sede di legittimità solo allorché sia macroscopicamente illogica, irragionevole e irrazionale ed i criteri non siano trasparenti ed intellegibili, non consentendo ai concorrenti di calibrare la propria offerta; *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 18 giugno 2018, n. 3737; 14 novembre 2017, n. 5245; 18 giugno 2015, n. 3105; 8 aprile 2014, n. 1668; sez. III, 2 maggio 2016, n. 1668; Tar Sardegna, 12 giugno 2018, n. 572.

<sup>95</sup> R. CARANTA, *Public procurement and award criteria*, cit., 152 dubita, infatti, che esistano varianti dell'approccio costo/efficacia ulteriori al criterio dei costi del ciclo di vita.

<sup>96</sup> In tal senso A. MASSERA nel richiamato intervento al convegno tenutosi a Ferrara l'8 novembre 2019.

nel prezzo di acquisto (ad esempio quelli di trasporto, di funzionamento, di manutenzione, di smaltimento etc.; si è a tal riguardo parlato di *economic life-cycle costing*, d'or in avanti *LCC*)<sup>97</sup>; esso consente, in altri termini, di conferire alla concezione del prezzo anche una dimensione "temporale"<sup>98</sup>.

L'ordinamento comunitario, già dalla Comunicazione della Commissione sugli "acquisti verdi" del 2001<sup>99</sup>, ha optato per una versione più sofisticata di tale criterio, considerandolo funzionale anche alla considerazione delle esternalità ambientali (*rectius*, delle ricadute pregiudizievoli della prestazione oggetto del contratto sull'ambiente) che vengono internalizzate tramite l'attribuzione di un valore economico.

Tale variante del criterio, cd. *environmental LCC*, è stata codificata sia dal legislatore europeo sia da quello nazionale, introducendosi anche una definizione di *ciclo di vita*<sup>100</sup>. L'art. 96 del Codice, riproduttivo dell'art. 68 della direttiva 2014/24/UE, prevede infatti che i costi del ciclo di vita comprendano tanto i costi cd. "interni"<sup>101</sup>, quanto i "costi imputati a esternalità ambientali" legate ai prodotti, servizi o lavori nel corso del ciclo di vita<sup>102</sup>.

Tale versione del criterio non consente quindi di perseguire soltanto

<sup>97</sup> Su tale criterio, si vedano C. LAMBERTI, *Art. 99*, in L.R. PERFETTI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, cit., 873 ss.; C. FELIZIANI, *I «nuovi appalti verdi»: un primo passo verso un'economia circolare?* in *Dir. econ.*, 2, 2017, 372 ss.; DE PAULI, *I "costi del ciclo di vita" nel nuovo codice degli appalti*, in *Urb. app.*, 6, 2016, 625 ss.

<sup>98</sup> C. LACAVA, *I criteri di aggiudicazione*, cit., 462. Il prezzo in sé rappresenta, infatti, il corrispettivo dell'acquisizione di un bene o di un servizio, mentre il *costo* corrisponde "all'insieme delle spese cui la stazione appaltante presumibilmente si esporrà nel corso della fase di utilizzo, nonché eventualmente di smaltimento, del bene o del servizio acquisito"; così A. GIANNELLI, *Il Codice dei contratti pubblici. Riflessioni di sistema*, in F. LIGUORI, S. TUCCILLO (a cura di), *Contratti pubblici. Trasformazioni e problemi*, Napoli 2017, 13.

<sup>99</sup> Comm. europea, Comunicazione "Il diritto comunitario degli appalti pubblici e le possibilità di integrare considerazioni di carattere ambientale negli appalti pubblici", Bruxelles, 4 luglio 2001, COM(2001) 274 def.

<sup>100</sup> Ai sensi dell' art. 2 lett. hhhh) del d.lgs. 50/2016 il "ciclo di vita" comprende "tutte le fasi consecutive o interconnesse, compresi la ricerca e lo sviluppo da realizzare, la produzione, gli scambi e le relative condizioni, il trasporto, l'utilizzazione e la manutenzione, della vita del prodotto o del lavoro o della prestazione del servizio, dall'acquisizione della materia prima o dalla generazione delle risorse fino allo smaltimento, allo smantellamento e alla fine del servizio o all'utilizzazione".

<sup>101</sup> Ovvero i costi sostenuti dall'amministrazione aggiudicatrice o da altri utenti, quali: i) costi relativi all'acquisizione; ii) costi connessi all'utilizzo, quali consumo di energia e altre risorse; iii) costi di manutenzione; iv) costi relativi al fine vita, come i costi di raccolta e di riciclaggio.

<sup>102</sup> Con la precisazione che questi costi possono includere i costi delle emissioni di

interessi economico/finanziari, ma anche obiettivi di sostenibilità (salvaguardia e protezione dell'ambiente).

Esso pare costituire un criterio mediano tra quello meramente quantitativo del prezzo più basso e quello qualitativo del miglior rapporto qualità prezzo. Ciò in ragione del fatto che, da un lato, tale criterio, sotto il profilo delle modalità di funzionamento, è simile a quello del minor prezzo, trattandosi di criterio di tipo "quantitativo", di applicazione meccanica/automatica e non discrezionale, posto che possono essere prese in considerazione solo le esternalità il cui valore monetario possa essere "determinato e verificato"<sup>103</sup>; dall'altro, si discosta significativamente dal prezzo più basso, risultando più somigliante al criterio "qualitativo" del miglior rapporto qualità/prezzo in quanto può essere utilizzato *teleologicamente* per il perseguimento di interessi ambientali.

Sebbene i Considerando delle direttive individuano nel LLC uno strumento chiave rispetto agli obiettivi di Europa 2020 di una crescita sostenibile e inclusiva, nessun riferimento è rintracciabile – né nell'art. 68 della direttiva 2014/24/UE, né nell'art. 96 del Codice dei contratti pubblici – alla possibilità di prendere in considerazione profili sociali nella formulazione di tale criterio. Il mancato riferimento al cd. *social o employment LCC*, tuttavia, più che una scelta escludente, pare dipendere dalle incertezze che ancora caratterizzano le metodologie di calcolo dei costi imputabili alle "esternalità sociali"<sup>104</sup>. Ciò trova conferma nel Considerando 96 della direttiva 2014/24/UE, contenente una sorta di esortazione a tutti gli attori, compresi gli Stati membri, a sviluppare soluzioni per poter utilizzare a fini sociali il criterio del costo del ciclo di vita<sup>105</sup>.

gas a effetto serra e di altre sostanze inquinanti nonché altri costi legati all'attenuazione dei cambiamenti climatici; cfr. anche il Considerando 97 della direttiva 2014/24/UE.

<sup>103</sup> Cfr. R. CARANTA, *op. ult. cit.*, 163-164 e R. CARANTA, D. DRAGOS, *La mini-rivoluzione del diritto europeo dei contratti pubblici*, in *Urb. App.*, 5, 2015, 501 ss.; sul tema v. anche D. DRAGOS, B. NEAMTU, *Life-cycle costing for sustainable public procurement in the European Union*, in B. SJÄFJELL, A. WIESBROCK (a cura di), *Sustainable Public Procurement Under EU Law*, Cambridge 2016, 114 ss.; Id, *Sustainable Public Procurement: Life-Cycle Costing in the New EU Directive Proposal*, in *EPPPL*, 1, 2013, 19 ss.

<sup>104</sup> In tal senso v. D. DRAGOS, B. NEAMTU, *Life-cycle costing*, cit., 128. Sulle maggiori difficoltà di inserire considerazioni sociali rispetto a quelle ambientali, v. M. TRYBUS, G. PIGA e T. TATRAI, *Colloquium*, in G. PIGA, T. TATRAI (a cura di), *Public Procurement Policy*, Londra-New York 2016, 9.

<sup>105</sup> Considerando 96: "Si dovrebbe inoltre esaminare la possibilità di definire una metodologia comune per la determinazione dei costi sociali del ciclo di vita, tenendo conto delle metodologie esistenti come gli orientamenti per l'analisi sociale del ciclo di vita dei prodotti adottati nel quadro del programma delle Nazioni Unite per l'ambiente".

In prospettiva, quindi, anche tale criterio potrà costituire uno strumento attraverso cui conformare la procedura di aggiudicazione al perseguimento di finalità di natura sociale.

Si tratta, ovviamente, di soluzioni ancora ben lontane dall'aver un risvolto operativo, specie se si considera che anche l'*environmental LCC* di cui all'art. 96 del Codice fatica a trovare concreta applicazione. Infatti, fatta eccezione per pochi e specifici settori merceologici per i quali è prevista una disciplina apposita<sup>106</sup>, le incertezze relative alla regolamentazione di metodologie di calcolo e l'assenza di adeguata formazione del personale delle stazioni appaltanti, unite alla sua oggettiva complessità, fanno sì che tale criterio sia ancora poco utilizzato nella prassi<sup>107</sup>.

5. *Il criterio di aggiudicazione nei contratti di servizi e forniture ad alta intensità di manodopera con caratteristiche standardizzate. La decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 8 del 2019*

Nell'economia del presente contributo pare opportuno soffermarsi sulla sentenza dell'Adunanza Plenaria 21 maggio 2019, n. 8. Con tale decisione il Consiglio di Stato ha chiarito, alla luce del nuovo Codice, quale criterio di aggiudicazione può essere utilizzato per gli affidamenti di *servizi ad alta intensità di manodopera* e, al tempo stesso, di *carattere standardizzato* (ad es. vigilanza, pulizia); nel farlo ha fornito interessanti indicazioni circa il ruolo riconosciuto, dalle direttive del 2014 e dalla normativa nazionale di recepimento, ai contratti pubblici intesi quale strumento per il perseguimento di obiettivi di sostenibilità sociale.

Come si è detto al § 2, il ruolo residuale attribuito dal legislatore nazionale al criterio del prezzo più basso si evince dal comma 4 dell'art. 95 del Codice che ammette il ricorso a tale criterio solo per fattispecie tipizzate e dal comma 5 che richiede, in tali casi, una specifica motivazione.

<sup>106</sup> Si tratta di quei settori in cui è il diritto derivato Ue a imporre tale criteri, prevedendo un'apposita metodologia di calcolo. Si veda, per esempio, il d.lgs. 3 marzo 2011, n. 24 di attuazione della direttiva 2009/33/Ce relativa alla promozione di veicoli a ridotto impatto ambientale, e a basso consumo energetico, nel trasporto su strada.

<sup>107</sup> Sul tema, oltre agli Autori citati *sub* nt. 97 e 103, v. da ultimo F. CARDARELLI, *op. ult. cit.*, 539 ss. e J.J. CZARNEZKI, *EU and US Discretion in Public Procurement Law: The Role of Eco-Labels and Lyfe-Cycle Costing*, in S. BOGOJEVIC, X. GROUSSOT, J. HETTNE (a cura di), *Discretion in EU Public Procurement Law*, Oxford 2019, 229 ss. che si sofferma anche sulle possibili soluzioni per l'individuazione di metodologie di calcolo comuni dei LLC.

In particolare, tra le ipotesi individuate dal comma 4, nel testo precedente alle modifiche del 2019, rientravano “*i servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato*”. Tale previsione ha creato agli interpreti alcune difficoltà di coordinamento con il precedente comma 3, lett. a, nella parte in cui questo prevede che sono affidati “*esclusivamente sulla base del criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo*” i contratti relativi “*ai servizi sociali e di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica nonché ai servizi ad alta intensità di manodopera*”<sup>108</sup>.

Sull’interpretazione sistematica di tali disposizioni, che sembrano riferirsi a due fenomeni sociali e organizzativo/produttivi diversi (la concentrazione di manodopera e la standardizzazione seriale di processo e di prodotto), nella giurisprudenza amministrativa si erano delineati due distinti indirizzi interpretativi.

Secondo il primo orientamento, l’unico criterio possibile per i contratti ad alta intensità di manodopera, compresi quelli a carattere standardizzato, sarebbe stato il miglior rapporto qualità/prezzo; a tali contratti, infatti, avrebbe dovuto trovare applicazione il comma 3 dell’art. 95, disposizione di carattere speciale e cogente che avrebbe privato la p.a. di qualunque margine di valutazione nella scelta del criterio di aggiudicazione da applicare. Tale posizione trovava fondamento, oltre che sul carattere di specialità della previsione di cui al comma 3, nelle coordinate ricavabili dalla legge delega, nell’interpretazione che aveva dato l’ANAC alle richiamate disposizioni del Codice<sup>109</sup>, nonché nel ruolo residuale, e quindi di stretta applicazione, del criterio del prezzo più basso<sup>110</sup>.

Per il secondo orientamento, al contrario, il carattere standardizzato della prestazione, su cui si fondava il regime giuridico previsto dal comma 4 (consistente nella possibilità per l’amministrazione di far ricorso, oltre che ai “criteri ordinari” previsti in generale dal comma 2 su cui, anche al criterio del minor prezzo), era tale da costituire fattispecie ontologicamente distinta dai servizi ad alta intensità di manodopera; di guisa che, nel caso di contratti con costo della manodopera superiore al 50%

<sup>108</sup> Come tali intendendosi i servizi nei quali il costo della manodopera è pari almeno al 50 per cento dell’importo totale del contratto (art. 50 del Codice).

<sup>109</sup> Cfr. Linee guida n. 2, cit.

<sup>110</sup> Cfr. l’ordinanza di rimessione all’Adunanza Plenaria di Cons. Stato, sez. III, 5 febbraio 2019, n. 882. In tal senso v. anche Consiglio di Stato, sez. III, 2 maggio 2017, n. 2014; Tar Lazio, sez. III-ter, 12 dicembre 2016, n. 12439; sez. II-ter, 15 novembre 2016, n. 11323.

ma con caratteristiche di produzione standardizzate, non avrebbe trovato applicazione lo speciale obbligo di cui al comma 3 che imponeva il miglior rapporto qualità prezzo, ma la facoltà di scelta – di cui al comma 4 – estesa anche al prezzo più basso<sup>111</sup>.

In altri termini, considerando l'elemento della "standardizzazione" quale sotto insieme del più ampio *genus* dei servizi ad alta intensità di manodopera, si riteneva il comma 4 norma speciale rispetto a quella (già di per sé derogatoria) di cui al comma 3. Il che – secondo tale filone giurisprudenziale – avrebbe peraltro risposto a esigenze di economicità ed efficienza dell'agire amministrativo (accelerazione delle procedure e risparmio di spesa), senza con ciò compromettere altri interessi pubblici. Infatti, il *carattere infungibile* delle prestazioni, vincolate a precisi e inderogabili standard tecnici e contrattuali, avrebbe reso irrilevante, e finanche superfluo, il ricorso a criteri di valutazione basati anche su elementi qualitativi. Nel ragionamento di tale giurisprudenza, quindi, l'alternativa tra il prezzo più basso e il criterio qualitativo è stata valutata esclusivamente alla luce dell'interesse economico-negoziale della stazione appaltante, non considerando il parametro sociale della commessa (la tutela dei lavoratori).

Sul rapporto tra le richiamate disposizioni dell'art. 95 del Codice, si è pronunciata l'Adunanza Plenaria con decisione n. 8 del 21 maggio 2019, i cui contenuti sono stati immediatamente recepiti dalla legge 15 giugno 2019, n. 55 con la modifica del comma 4, lett. b dell'art. 95 del Codice.

In particolare, il comma 3<sup>112</sup> è stato interpretato quale espressione di una regola speciale, derogatoria di quella generale; al contrario, il comma 4 – nel riaffermare la facoltà per l'amministrazione di optare per un criterio meramente quantitativo (con a base il solo prezzo)<sup>113</sup> – è stato considerato una (ri)espansione della regola generale di cui al comma 2.

Alla luce di tale interpretazione sistematica del rapporto tra regola

<sup>111</sup> In tal senso Cons. Stato, sez., III, 13 marzo 2018, n. 1609; Tar Sicilia, sez. III, 20 dicembre 2018, n. 2695; sez. II, 28 novembre 2018, n. 2519; Tar Puglia, Lecce, sez. II, 23 aprile 2018 n. 718; Tar Abruzzo, sez. I, 16 agosto 2018, n. 333.

<sup>112</sup> Il quale, come detto, prevede per alcuni servizi, tra cui quelli ad alta intensità di manodopera, l'obbligo di utilizzare il criterio del miglior rapporto qualità/prezzo e, quindi, l'azzeramento dell'apprezzamento discrezionale della stazione appaltante nella scelta del criterio di aggiudicazione.

<sup>113</sup> Tale disposizione, invece, riconosce uno spazio di scelta discrezionale dell'amministrazione che però, oltre al miglior rapporto qualità/prezzo e al rapporto costo/efficacia, viene esteso – previa adeguata motivazione e in casi tipizzati, tra cui i contratti standardizzati – anche al criterio del minor prezzo.

generale e regola speciale, in caso di servizi ad alta intensità di manodopera, ma al tempo stesso di carattere standardizzato, il concorso o conflitto fra norme sarebbe solo apparente in quanto il comma 3 (di carattere speciale e derogatorio) prevale sul comma 4 (riaffermazione della regola generale). Di guisa che “*gli appalti di servizi ad alta intensità di manodopera (...) sono aggiudicati con il criterio del miglior rapporto qualità/prezzo, quand'anche gli stessi abbiano anche caratteristiche standardizzate*”.

Tale inquadramento del rapporto tra i commi 3 e 4 dell'art. 95 è stato preceduto da una puntuale ricostruzione dell'Adunanza Plenaria sull'evoluzione funzionale/valoriale che ha caratterizzato la disciplina dei contratti pubblici negli ultimi anni e, in particolare, sul riconoscimento dell'importanza primaria agli obiettivi sociali e di tutela del lavoro (di cui il *favor* per i criteri di aggiudicazione che consentano di dar rilievo a tali profili costituisce espressione).

Il ragionamento dei giudici di Palazzo Spada si basa su una progressiva salienza argomentativa, così strutturata:

- si osserva come il *favor* per criteri qualitativi di selezione delle offerte rifletta “*obiettivi di politica generale sovranazionale*”<sup>114</sup>, legislativamente

<sup>114</sup> Nello specifico, l'Adunanza Plenaria richiama:

- la Comunicazione del 3 marzo 2010 con cui è stata avviata la strategia “Europa 2020” per una “*crescita intelligente, sostenibile e inclusiva*” volta a promuovere la “*coesione economica, sociale e territoriale*”, precisandosi come in tale ambito si collochi “*la promozione di migliori condizioni del lavoro nell'impresa, sotto il profilo della sicurezza sui luoghi di lavoro e del trattamento economico dei relativi addetti*”;

- la risoluzione del 25 ottobre 2011 sulla modernizzazione degli appalti pubblici, prodromica all'approvazione delle direttive del 2014, con cui il Parlamento Ue ha manifestato l'avviso che il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso “*non debba più essere il criterio determinante per l'aggiudicazione di appalti*”, ma debba essere sostituito “*in via generale con quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa in termini di benefici economici, sociali e ambientali, tenendo conto dei costi dell'intero ciclo di vita dei beni, servizi o lavori di cui trattasi*” (salvo mantenere il ruolo di criterio “*decisivo in caso di beni o servizi altamente standardizzati*”), così da stimolare “*l'innovazione e gli sforzi per ottenere la massima qualità e il massimo valore, promuovendo pertanto il rispetto dei criteri della strategia Europa 2020*”;

- la risoluzione del 4 ottobre 2018 sul pacchetto sulla strategia in materia di appalti pubblici (2017/2278(INI)), in cui il Parlamento europeo ha valutato con favore il fatto che “*molti Stati membri abbiano adottato misure per l'uso di criteri di qualità (compreso il miglior rapporto qualità/prezzo)*”, ed ha quindi incoraggiato il ricorso a “*criteri diversi dal semplice prezzo più basso, tenendo conto di aspetti qualitativi, ambientali e/o sociali*”.

A testimonianza del rilievo sempre maggiore attribuito dalle istituzioni Ue al cd. utilizzo strategico dei contratti pubblici, può richiamarsi la Comunicazione della Commissione, *Orientamenti della Commissione europea sull'utilizzo del quadro in materia di appalti pubblici nella situazione di emergenza connessa alla crisi della Covid-19*, 1 aprile

te recepiti dalle direttive del 2014<sup>115</sup>, funzionali al conseguimento, tra gli altri, di obiettivi di “*tutela delle condizioni economiche e di sicurezza del lavoro*”;

- si precisa come tali indirizzi siano stati fatti propri anche dal legislatore nazionale, in particolare dalla legge delega n. 11/2016 (art. 1, co. 1, lett. ff e gg) e dal Codice (commi da 2 a 5 dell’art. 95)<sup>116</sup>;

- infine, si fa notare come nella direzione tracciata dall’ordinamento sovranazionale convergono anche imperativi di matrice costituzionale espressi dall’art. 41, co. 2, della Costituzione. Questo, infatti, nel sancire i limiti del contrasto all’utilità sociale e del danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana per l’esercizio della libera iniziativa economica, mira “*a conciliare la crescita economica (...) con esigenze di tutela della salute e sicurezza dei lavoratori e delle loro condizioni contrattuali*”.

Coerentemente con tale premessa, l’Adunanza Plenaria conclude il suo ragionamento sul rapporto tra i commi 3 e 4 dell’art. 95 del Codice, osservando come l’interpretazione che considera il comma 4 quale deroga della fattispecie a sua volta derogatoria di cui al comma 3 (secondo orientamento giurisprudenziale) non può essere accolta poiché porterebbe a sacrificare gli obiettivi di tutela del lavoro in nome di esigenze di carattere tecnico, “*laddove invece sulla base degli indirizzi elaborati in*

2020, (2020/C 108 I/01), ove si osserva che “(di) fronte a situazioni di eccezionale aumento della domanda di beni, prodotti e servizi simili, accompagnate da una grave interruzione della catena di approvvigionamento, gli appalti possono tuttavia risultare fisicamente/tecnicamente impossibili, pur ricorrendo alle più rapide procedure disponibili. Per soddisfare le loro esigenze, è possibile che gli acquirenti pubblici debbano cercare soluzioni alternative e possibilmente innovative, che potrebbero già essere disponibili sul mercato o potenzialmente fruibili in tempi (molto) rapidi. *L’interazione con il mercato può offrire buone opportunità per tenere conto anche di aspetti strategici degli appalti pubblici, laddove nel processo di appalto siano integrate prescrizioni ambientali, sociali e di innovazione, compresa l’accessibilità ai servizi acquistati*”.

<sup>115</sup> In particolare, l’Adunanza Plenaria ha richiamato alcuni passaggi dei Considerando delle direttive, tra cui quello che invita a incoraggiare le stazioni appaltanti “*a scegliere criteri di aggiudicazione che consentano loro di ottenere lavori, forniture e servizi di alta qualità che rispondano al meglio alle loro necessità*”, ferma restando l’opportunità di evitare criteri che prescindono del tutto dai costi (Considerando 92); il Considerando 93 che ammette, in presenza di disposizioni nazionali che impongono un prezzo fisso, di compiere valutazioni comparative basate su fattori diversi dal solo prezzo o dalla sola remunerazione; nonché il passaggio già richiamato del Considerando 90 che, al fine di incoraggiare l’orientamento alla qualità degli appalti pubblici, riconosce la possibilità per gli Stati membri di proibire o limitare il ricorso al solo criterio del costo o del prezzo. È stato ovviamente richiamato anche l’art. 67 della direttiva 2014/24/Ue. Sul punto si veda *supra* § 2.

<sup>116</sup> V. *supra* § 2.

*sede europea e dei valori affermati nella Costituzione i primi costituiscono obiettivi primari da perseguire nel settore dei contratti pubblici”.*

La centralità riconosciuta agli obiettivi di sostenibilità nella disciplina di settore viene utilizzata, quindi, quale criterio ermeneutico di natura teleologica a supporto dell'interpretazione sistematica di disposizioni dal contenuto precettivo controverso.

6. *La ri-qualificazione legislativa del minor prezzo quale criterio ordinario nei contratti sotto soglia. Rilievi critici*

Le riflessioni fino ad ora svolte, in particolare quelle sul carattere residuale attribuito dalla legge delega 11/2016 e dalle prime versioni del d.lgs. 50/2016 al criterio del minor prezzo, vanno aggiornate e per certi versi verificate alla luce delle novità introdotte dal d.l. 18 aprile 2019, n. 32 (cd. “*Sblocca cantieri*”) e dalla relativa legge di conversione del 14 giugno 2019, n. 55.

La legge n. 55/2019 ha esteso in modo significativo l'ambito di applicazione del criterio del minor prezzo a tutti contratti che non raggiungono la *soglia di rilevanza comunitaria* di cui all'art. 35 del Codice, introducendo un comma finale (9-bis) all'art. 36 recante “Contratti sotto soglia” secondo cui “*le stazioni appaltanti procedono all'aggiudicazione dei contratti di cui al presente articolo sulla base del criterio del minor prezzo ovvero sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa*”<sup>117</sup>. Il d.l. 32/2019 si era mosso in modo ancora più marcato in questa direzione, richiedendo uno specifico obbligo di motivazione per legittimare il ricorso al criterio dell'OEPV che è stato rimosso in sede di conversione.

Con tali modifiche il legislatore non si è limitato ad ampliare l'ambito

<sup>117</sup> A seguito di tali interventi normativi, sono state abrogate le previsioni dell'art. 95, co. 4, diverse da quella di cui alla lett. b, relativa ai servizi e alle forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato; inoltre, come già ricordato, alla lett. b è stata aggiunta una previsione che, nel recepire in contenuti della sentenza in commento n. 8 del 2019, ha escluso la possibilità di ricorrere al minore prezzo per i servizi ad alta intensità di manodopera. Infine, con la novella del 2019 è stato modificato il comma 3 dell'art. 95, prevedendosi l'obbligatorietà del minor prezzo anche per “*i contratti di servizi e le forniture di importo pari o superiore a 40.000 euro caratterizzati da notevole contenuto tecnologico o che hanno un carattere innovativo*”. In generale sul decreto cd. “*sblocca cantieri*”, si v. il fasc. n. 6 del 2019 del *Giorn. dir. amm.*, con contributi di CHITI, GUCCIONE, MASSERA, DUGATO, FIORENTINO (sui criteri di aggiudicazione) e GALLI.

di applicazione del criterio del minor prezzo, ma ha modificato i rapporti tra i criteri di aggiudicazione, che non possono ora essere analizzati senza distinguere fra contratti inferiori e superiori alla soglia comunitaria: nei primi il minor prezzo diviene criterio ordinario di aggiudicazione, al fianco del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa; nei contratti di rilievo europeo permane, invece, un rapporto di gerarchia che consente di qualificare il minor prezzo quale soluzione residuale/eccezionale.

Alla base di tale scelta pare esservi l'esigenza di semplificare la definizione dell'ambito di operatività dei diversi criteri di aggiudicazione, ma soprattutto quella di accelerare le procedure di affidamento dei contratti sotto soglia<sup>118</sup>.

La novella del 2019, tuttavia, non convince sotto diversi profili.

*In primo luogo* per la tecnica redazionale. Con il disposto del comma 9-*bis* dell'art. 36 del Codice il legislatore mostra di non aver piena contezza della nuova e più ampia nozione di *offerta economicamente più vantaggiosa* che oggi include anche il criterio del minor prezzo (v. *supra*, § 2). Resta quindi il dubbio se tale disposizione, nel far riferimento all'offerta economicamente più vantaggiosa, alluda alla precedente nozione (limitata al criterio del miglior rapporto qualità/prezzo) o a quella più ampia introdotta dalle direttive del 2014 e poi recepita dall'art. 95, co. 2 del Codice (comprendente anche criteri di comparazione costo/efficacia, quale il costo del ciclo di vita). È evidente come non si tratti di differenza di poco conto, specie alla luce di quanto sopra osservato<sup>119</sup>.

*In secondo luogo*, la scelta del "*minor prezzo*" come criterio ordina-

<sup>118</sup> Con. Stato, sez. parere della Comm. spec., 1 aprile 2016, n. 855 e 30 marzo 2017, n. 782; quest'ultimo si sofferma su pregi e difetti dei due criteri di aggiudicazione: "(q) uello del prezzo più basso garantisce la rapida definizione delle procedure di evidenza pubblica e riduce la discrezionalità della pubblica amministrazione (a volta considerata fattore in cui si annida la possibilità di corruzione) ma, sotto altro aspetto, tale criterio non consente di valutare alcuni aspetti qualitativi dell'offerta, spinge (a giudizio di alcuni) gli operatori economici a ridurre eccessivamente i costi, anche quelli legati alla manodopera, e crea il rischio di cordate che tentano di influenzare l'individuazione della soglia di anomalia. Il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa – valorizzato dalla riforma del 2016 – garantisce meglio la valutazione dell'aspetto qualitativo ed evita che la 'competizione' si concentri esclusivamente sulla riduzione dei costi; tuttavia determina un appesantimento della procedura e amplia gli spazi discrezionali della stazione appaltante. Richiede una particolare competenza e preparazione della stazione appaltante e per essa, della commissione di gara".

<sup>119</sup> V. *supra* § 4. Non convince nemmeno – sotto un profilo di impianto sistematico del Codice – l'inserimento della previsione innovativa nella disposizione riguardante gli affidamenti dei contratti sotto soglia (art. 36) e non invece in quella recante la disciplina generale sui criteri di aggiudicazione (art. 95).

rio per tutti gli affidamenti inferiori alla soglia europea non può essere valutata positivamente da chi giudica con favore la tendenza volta a garantire una qualità più elevata delle commesse pubbliche e, soprattutto, a utilizzare i *public procurement* quale strumento per il perseguimento di obiettivi politici cd. orizzontali. Il criterio del minor prezzo esclude, *ex ante*, la possibilità di stimolare e premiare offerte che presentano un maggior grado di sostenibilità (ambientale, sociale etc.), privando le amministrazioni di un importante strumento per introdurre considerazioni di sostenibilità nei propri contratti e, quindi, per “*creare valore (pubblico) aggiunto*” e promuovere lo sviluppo sostenibile<sup>120</sup>.

Si tratterebbe, però, di una critica dal carattere eccessivamente “valoriale” dal momento che il cd. “utilizzo strategico” dei contratti pubblici non è da tutti considerato con favore: da più parti si è osservato come i possibili pregiudizi (rallentamento delle procedure, incremento di spesa pubblica, distorsione delle dinamiche concorrenziali del mercato, eccessiva discrezionalità, spazio per fenomeni corruttivi, inadeguatezza tecnica e professionale delle stazioni appaltanti, sviamento dal perseguimento dell’obiettivo principale dell’operazione negoziale) sarebbero prevalenti rispetto ai potenziali vantaggi derivanti dal perseguimento di interessi sociali o ambientali<sup>121</sup>.

Tuttavia, anche a voler neutralizzare le considerazioni “valoriali”, la scelta di riammettere quale criterio ordinario il minor prezzo nei contratti sotto soglia non è comunque convincente poiché poco coerente con l’impianto complessivo del Codice. Essa pare confliggere, in altri termini, con il canone di sistematicità pure perseguito nella sua redazione.

Invero, il regime giuridico di diversi istituti – relativi tanto alla fase di

<sup>120</sup> Si è detto al § 3 come il carattere “premiante” e non “escludente” dei criteri di aggiudicazione possa agevolare il bilanciamento tra l’inserimento di considerazioni sociali e i tradizionali obiettivi del settore. Ovviamente, in caso di scelta mediante il criterio del prezzo più basso, gli interessi sociali e ambientali possono comunque trovare tutela attraverso altri meccanismi (le cd. “clausole fisse sopra richiamate”); in termini simili, da ultimo, Cons. Stato, sez. V, 20 gennaio 2020, n. 444. Il corsivo, nel testo, è ripreso da S. VALAGUZZA, *Governare per contratto*, cit., 19 e 143.

<sup>121</sup> Cfr. A. SANCHEZ GRAELLS, *Public Procurement*, cit., 96 ss.; ID, *Regulatory Substitution Between Labour and Public Procurement Law*, cit., 229 ss. Anche L.R. PERFETTI, nella relazione “*Contratti pubblici e (dis)funzionalità rispetto agli interessi pubblici tutelati*” tenuta in occasione del convegno di Ferrara dell’8 novembre 2019, cit., ha formulato riflessioni critiche sul “sovraccarico” di finalità attribuite dai recenti interventi normativi ai contratti della PA. Nella medesima direzione, da ultimo, S. VINTI, *L’eterogenesi dei fini tradisce lo scopo e l’oggetto stesso della disciplina sui contratti pubblici*, in *Federalismi.it*, 12, 2020, 253 ss.

gara, quanto a quella precedente (di programmazione/progettazione) e a quella successiva (di esecuzione) – è stato modificato proprio nell’ottica di favorire il perseguimento di obiettivi non economici di natura ambientale e/o sociale. Il nuovo *status* riconosciuto al criterio del minor prezzo nei contratti sotto soglia sembra, quindi, porsi in discontinuità con altre previsioni del Codice e certamente non valorizza gli sforzi compiuti dal legislatore del 2016 tesi a rafforzare la *sostenibilità* nella contrattazione pubblica e la sua funzionalizzazione al perseguimento di obiettivi orizzontali.

*In terzo luogo*, se si condivide quanto appena sostenuto circa la scarsa coerenza dei profili analizzati della novella del 2019 con l’impianto complessivo del Codice, la riforma potrebbe perfino rivelarsi controproducente sotto il profilo del principio di certezza dell’ordinamento giuridico, inteso in questo caso quale prevedibilità dell’interpretazione della regolamentazione.

La decisione n. 8 del 2019 dell’Adunanza Plenaria ha considerato gli obiettivi politici di sostenibilità, nel caso di specie quelli di tutela del lavoro, *fini primari* del settore dei contratti pubblici; e da questi, come si è messo in evidenza, ha preso le mosse per una sorta di *interpretazione teleologica* delle disposizioni controverse (commi 3 e 4 dell’art. 95 del Codice), a supporto dell’argomentazione principale, sopra riportata, incentrata sul rapporto sistematico tra norme. In prospettiva, a parere di chi scrive, il ricorso a un’analogia interpretativa di tipo teleologico potrebbe essere utilizzata per risolvere questioni controverse riguardanti altri istituti del Codice dei contratti pubblici, nel senso di soluzioni interpretative meno sbilanciate a favore dei tradizionali interessi al perseguimento della massima concorrenza, della salvaguardia della libertà di iniziativa e di auto-organizzazione degli operatori economici e, finanche, del risparmio di spesa.

Per quanto allo stato attuale questa (auspicabile) prospettiva non trovi ancora pieno riscontro nella giurisprudenza amministrativa<sup>122</sup>, la scelta operata dalla legge n. 55/2019 di riaffermare un ruolo centrale del

<sup>122</sup> Sono diverse, infatti, le pronunce che non sembrano offrire adeguato rilievo all’importanza assunta nel settore dei contratti pubblici dal perseguimento di obiettivi di sostenibilità. Si pensi, solo a titolo di esempio, alle decisioni in tema di legittimazione della stazione appaltante a escludere le offerte non rispettose degli obblighi ambientali e sociali di cui all’art. 30, co. 3, del Codice, ovvero di legittimazione della stessa a imporre uno specifico contratto collettivo; ma anche alle pronunce riguardanti la possibilità per gli operatori economici di competere sul costo del lavoro (v. *supra* § 3.1, *sub* nt. 66) e a quelle riguardanti le modalità di attuazione delle clausole di riassorbimento, in particolare con

criterio del minor prezzo per un'ampia fetta di commesse pubbliche, in controtendenza rispetto al complessivo impianto normativo del Codice, non pare aiutare l'interprete nella costruzione di orientamenti ermeneutici stabili e consolidati.

Per concludere, va osservato come a tali riflessioni critiche sulla scelta compiuta dal legislatore del 2019 potrebbe obiettarsi che l'art. 36, co. 9-bis, nel sancire un rapporto di equiordinazione fra criterio del minor prezzo e OEPV, rimetta alla discrezionalità dell'amministrazione aggiudicatrice la scelta del criterio di aggiudicazione, rimanendo questa libera di valorizzare gli aspetti qualitativi e dare rilievo ad aspetti ambientali e/o sociali.

Tuttavia, nella misura in cui si considera la forte attrattività di soluzioni connotate da assoluta meccanicità, quale è la scelta del criterio del minor prezzo, in un momento storico in cui diversi elementi inducono i pubblici funzionari a rifuggire l'assunzione di responsabilità, si può osservare come il nuovo regime giuridico, oltre a risultare poco soddisfacente nell'ottica del perseguimento degli obiettivi di politica generale recepiti dalle direttive del 2014 e dal Codice, risponde maggiormente all'idea di un'amministrazione marginalizzata e banalizzata piuttosto che di un'amministrazione forte e stimolata ad assumersi responsabilità nell'ottica della migliore soddisfazione dell'interesse pubblico<sup>123</sup>.

riferimento al principio di intangibilità delle scelte organizzative e imprenditoriali degli operatori economici.

<sup>123</sup> L'"immagine" di un'amministrazione marginalizzata e banalizzata è ripresa da M. CAMMELLI, *Amministrazione e mondo nuovo: medici, cure, riforme*, in *Dir. amm.*, 1-2, 2016, 14 ss.; sul tema, da ultimo, S. CASSESE, *Che cosa resta dell'amministrazione pubblica?* in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 1 ss.

