



## **Proposte di direttive europee in materia di appalti e concessioni**

**Audizione 28 gennaio 2014**

In ossequio al termine assegnato, Legacoop ringrazia per il proprio coinvolgimento e della opportunità che le viene data di offrire le proprie considerazioni in vista di un recepimento delle nuove Direttive Comunitarie sugli Appalti pubblici e sulle Concessioni compatibilmente con la fase di lavoro attuale.

Riteniamo inoltre opportuno, in questo momento e in considerazione dello stato di approvazione delle direttive, esprimere alcune prime considerazioni in merito alle disposizioni a recepimento facoltativo.

In particolare, sebbene queste ultime siano presenti in un'ampia gamma nel testo delle Direttive, anche nell'ottica di assicurare la flessibilità necessaria ad adeguare le procedure e gli strumenti alla situazione specifica di ognuno degli Stati Membri (cd. *"toolbox approach"*), Legacoop anche in considerazione della propria vocazione e della natura delle proprie associate, ritiene indispensabile il recepimento delle disposizioni di seguito riportate, nella misura e con le modalità evidenziate nelle osservazioni.

\*\*\*\*

### **Appalti riservati**

#### **Articolo 17 paragrafo 1 appalti pubblici**

#### **Articolo 31 paragrafo 1 utilities**

Gli Stati membri possono riservare il diritto di partecipazione alle procedure di appalto a lavoratori protetti e ad operatori economici il cui scopo principale sia l'integrazione sociale e professionale delle persone con disabilità o delle persone svantaggiate o possono riservarne l'esecuzione nel contesto di programmi di lavoro protetti quando almeno il 30% dei lavoratori dei suddetti laboratori, operatori economici o programmi sia composto da lavoratori con disabilità o da lavoratori svantaggiati.

### **Osservazioni**

Va innanzitutto premesso che riteniamo quanto mai opportuno il recepimento di una disposizione che rappresenta uno strumento essenziale per l'attuazione delle indicazioni che vengono dalla stessa Unione Europea ed, in particolare, dalla declinazione della strategia "Europa 2020" per cui si parla di "uso strategico degli appalti pubblici" tramite ciò che la Commissione europea definisce un "approccio attivo", che fornisce agli enti appaltatori gli strumenti necessari per contribuire a raggiungere gli obiettivi della strategia "Europa 2020" (crescita intelligente, sostenibile ed inclusiva) per cui "Gli enti

pubblici utilizzeranno così il loro potere di acquisto per ottenere merci e servizi che promuovano l'innovazione, rispettino l'ambiente e contrastino il cambiamento climatico, migliorando l'occupazione, la salute pubblica e le condizioni sociali.”

Segnaliamo inoltre che stiamo registrando un'evoluzione dello “svantaggio sociale” in conseguenza al manifestarsi delle nuove problematiche frutto del nostro ultimo travagliato periodo storico/economico. Riteniamo che sia opportuno aprire il dibattito su come considerare le nuove categorie di svantaggio che derivano dai mutamenti e dalle trasformazioni economiche e sociali in atto per cui è necessaria un'attenta analisi del significato dei termini “persona svantaggiata” e “lavoratore svantaggiato” per evitare di creare situazioni di ulteriore “svantaggio nello svantaggio”.

Il nostro riferimento principe a questo proposito sono e restano le definizioni di cui all'art.4 della L.381/911 per quanto attiene alle persone svantaggiate e non riteniamo che si debbano allargare acriticamente queste tipologie di svantaggio, ma che vada ampliata a partire dalla considerazione della differenza tra disagio permanente e disagio temporaneo, legando ancora più strettamente il concetto di inserimento socio-lavorativo a quello di progetto individuale finalizzato al recupero dell'autonomia della persona in difficoltà e più in generale al suo percorso di emancipazione.

Molte persone, infatti, si trovano in situazioni compromesse non in modo definitivo, ma caratterizzate da percorsi di vita difficili che ne riducono temporaneamente la compatibilità con la condizione di lavoratori, riducendone momentaneamente le capacità produttive e proprio questi casi evidenziano la necessità di accoglienza ed accompagnamento specifici, tenendo conto della definizione di svantaggio (temporaneo o definitiva) in relazione ad un progetto di inserimento lavorativo della persona in difficoltà redatto con i servizi pubblici competenti e gli operatori economici.

Ciò premesso la disposizione prevede due possibilità :

- 1) o che il diritto alla partecipazione a determinati appalti sia riservato a lavoratori progetti o ad operatori economici il cui scopo principale sia l'integrazione sociale e professionale delle persone con disabilità o delle persone svantaggiate;
- 2) o riservare l'esecuzione di determinati appalti in ragione del loro oggetto a programmi di lavoro protetti. In questo secondo caso il 30% dei lavoratori dei suddetti deve essere composto da lavoratori con disabilità o da lavoratori svantaggiati.

Con riferimento alla riserva di accesso alle gare, è importante come detto in precedenza, radicare la nozione di persone svantaggiate alla definizione che ne dà l'art. 4 della L. 381/91;

Quanto invece alla possibilità di riservare l'esecuzione di tali appalti a programmi di lavoro protetti, la nuova Direttiva tiene conto di quanto si è detto in precedenza circa la evoluzione del concetto di

---

<sup>1</sup> Art. 4.

Persone svantaggiate

1. Nelle cooperative che svolgono le attività di cui all'articolo 1, comma 1, lettera b), si considerano persone svantaggiate gli invalidi fisici, psichici e sensoriali, gli ex degenti di ospedali psichiatrici, anche giudiziari, i soggetti in trattamento psichiatrico, i tossicodipendenti, gli alcolisti, i minori in età lavorativa in situazioni di difficoltà familiare, le persone detenute o internate negli istituti penitenziari, i condannati e gli internati ammessi alle misure alternative alla detenzione e al lavoro all'esterno ai sensi dell'articolo 21 della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni. Si considerano inoltre persone svantaggiate i soggetti indicati con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro del lavoro e della previdenza sociale, di concerto con il Ministro della sanità, con il Ministro dell'interno e con il Ministro per gli affari sociali, sentita la commissione centrale per le cooperative istituita dall'articolo 18 del citato decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato 14 dicembre 1947, n. 1577, e successive modificazioni.

svantaggio prevedendo che i suddetti programmi di lavoro oltre una percentuale minima di disabili possano prevedere l'impiego anche di una percentuale minima di "lavoratori svantaggiati".

Anche in questo caso occorre radicare la nozione di lavoratori svantaggiati per evitare che vengano strumentalmente utilizzati per avvalersi della riserva, situazioni di temporaneo svantaggio.

## **Regole applicabili alle comunicazioni**

### **Articolo 19 paragrafo 2bis appalti pubblici**

### **Articolo 33 paragrafo 3 utilities**

Per gli appalti pubblici di lavori e i concorsi di progettazione, gli Stati membri possono richiedere l'uso di strumenti elettronici specifici, quali gli strumenti di simulazione elettronica per le informazioni edilizie o strumenti analoghi. In tali casi, le amministrazioni aggiudicatrici offrono modalità alternative di accesso, come previsto al paragrafo 4, fino al momento in cui tali strumenti divengono generalmente disponibili ai sensi del paragrafo 1 bis, primo comma, secondo periodo.

### **Osservazioni**

A questo proposito si evidenzia l'urgenza di fornire un corretto impianto interpretativo in merito a come vadano armonizzate le indicazioni fornite dall'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici, con la Determina n. 3 del 2012 "Linee guida per gli affidamenti a cooperative sociali ai sensi dell'art. 5, comma 1, della legge n. 381/1991" in relazione alle tematiche aperte dalle previsioni della "Spending review" (legge n. 135/2012) e dalla "Legge di stabilità 2013" (legge n. 228/2012) in riferimento al Mercato Elettronico (cosiddetto Me.PA) e alle Convenzioni stipulate da Consip S.p.A. e da altre Centrali di Committenza.

## **Suddivisione degli appalti in lotti**

### **Articolo 44 paragrafo 3 appalti pubblici**

### **Articolo 59 paragrafo 3 utilities**

Gli Stati membri possono prevedere che, nei casi in cui al medesimo offerente possa essere aggiudicato più di un lotto, le amministrazioni aggiudicatrici possano aggiudicare appalti che associano alcuni o tutti i lotti, qualora abbiano specificato nel bando di gara o nell'invito a confermare interesse che si riservano tale possibilità e indicano i lotti o gruppi di lotti che possono essere associati.

### **paragrafo 3 bis appalti pubblici**

### **paragrafo 4 utilities**

Gli Stati membri possono attuare il secondo comma del paragrafo 1 rendendo obbligatorio aggiudicare un appalto sotto forma di lotti separati a condizioni da definire conformemente al rispettivo diritto nazionale e nel rispetto del diritto dell'Unione. In tali casi si applicano il paragrafo 1 ter, primo comma e, se del caso, il paragrafo 3.

**Sul tema della suddivisione in lotti, Legacoop ritiene che gli ultimi interventi normativi nazionali in materia siano nella direzione indicata dalle nuove Direttive, con la conseguenza che il corretto recepimento delle disposizioni comunitarie viene assicurato dalla conferma della attuale disciplina interna.**

Ricordiamo infatti che a partire dal decreto legge n. 70/2011 sino all'ormai nota a tutti *Spending review 2*, è sempre stato proteso ad agevolare l'accesso delle piccole e medie imprese alle procedure di affidamento delle commesse pubbliche. In particolare l'art. 44, comma 7 del decreto Monti (recante "*disposizioni in materia di appalti pubblici*"), ha inserito nell'alveo dell'art. 2, il comma 1-*bis*, il nuovo principio regolatore della materia dei contratti pubblici: la suddivisione in lotti degli appalti: "*nel rispetto della disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici, al fine di favorire l'accesso delle piccole e medie imprese, le stazioni appaltanti devono, ove possibile ed economicamente conveniente, suddividere gli appalti in lotti funzionali*".

A ciò si aggiunga che il d.l. n. 95/2012 convertito con modificazioni nella l. n. 135/2012 - meglio nota come *Spending review 2* - ha ulteriormente modificato l'art. 2, comma 1 *bis*, del codice degli appalti, aggiungendo, in fine, il seguente periodo: "*i criteri di partecipazione alle gare devono essere tali da non escludere le piccole e medie imprese*".

Ciò premesso, e considerato che la normativa nazionale, in linea con quella comunitaria, pur prevedendo un dovere delle amministrazioni aggiudicatrici di suddividere in lotti, ammette che tale dovere sussista laddove sia possibile e conveniente, con conseguente obbligo di motivazioni dei principali motivi della scelta, sarebbe opportuno, in fase di recepimento, prevedere in linea con il considerando 29 ter della Direttiva Appalti, la facoltà di decidere autonomamente sulla base di qualsiasi motivo pertinente "**senza essere soggetta a supervisione amministrativa o giudiziaria**", al fine di arginare il possibile contenzioso che potrebbe instaurarsi laddove le motivazioni - che le stazioni appaltanti sono comunque tenute a dare - potessero essere oggetto di sindacato giurisdizionale.

## **Principi generali**

### **Articolo 54 paragrafo 1, comma 2 appalti pubblici**

#### **Articolo 70 paragrafo 5 utilities**

L'amministrazione aggiudicatrice può decidere di non aggiudicare un appalto all'offerente che presenta l'offerta migliore, se ha accertato che l'offerta non soddisfa gli obblighi applicabili di cui all'articolo 15, paragrafo 2.

### **Articolo 54 paragrafo 3 appalti pubblici**

Nelle procedure aperte, le amministrazioni aggiudicatrici possono decidere di esaminare le offerte prima di verificare l'assenza di motivi di esclusione e il rispetto dei criteri di selezione ai sensi degli articoli da 55 a 63. Se si avvalgono di tale possibilità, le amministrazioni aggiudicatrici garantiscono che la verifica dell'assenza di motivi di esclusione e del rispetto dei i criteri di selezione sia effettuata in maniera imparziale e trasparente, in modo che nessun appalto sia aggiudicato ad un offerente che avrebbe dovuto essere escluso a norma dell'articolo 55 o che non soddisfa i criteri di selezione stabiliti dall'amministrazione aggiudicatrice

Gli Stati membri possono escludere l'uso della procedura di cui al primo comma oppure limitarla solo a determinati tipi di appalti o a circostanze specifiche.

### **Articolo 70 paragrafo 6 utilities**

Nelle procedure aperte, gli enti aggiudicatori possono decidere che le offerte saranno esaminate prima della verifica dell'idoneità degli offerenti, a condizione che le pertinenti disposizioni degli articoli da 70 a 79 siano osservate, in particolare che il contratto non sia aggiudicato a un offerente che avrebbe dovuto essere escluso a norma dell'articolo 74 o che non soddisfa i criteri di selezione stabiliti dall'ente aggiudicatore ai sensi dell'articolo 72, paragrafo 1 e dell'articolo 74.

Gli Stati membri possono escludere l'uso della procedura di cui al primo comma per determinati tipi di appalti o in circostanze specifiche, oppure limitarla solo a determinati tipi di appalti e a circostanze specifiche.

### **Osservazioni**

Le nuove Direttive prevedono la possibilità che nelle procedure aperte le stazioni appaltanti procedano ad una inversione logica e cronologica delle tradizionali fasi della gara, effettuando prima la disamina delle offerte e poi la verifica della assenza delle cause di esclusione.

Tale possibilità è consentita a condizione che venga garantito che la verifica dell'assenza delle cause di esclusione e del rispetto dei criteri di selezione sia effettuata in maniera imparziale e trasparente in modo che nessun appalto sia aggiudicato ad un offerente che avrebbe dovuto essere escluso.

Gli articoli in esame, pur contenendo disposizioni dirette alle stazioni appaltanti (e dunque atteggiandosi a norme cd. *self executing*) prevedono che gli Stati Membri possano ricorrere a tale procedura per determinati appalti o in circostanze specifiche oppure limitarla solo a determinati tipi di appalti e circostanze specifiche ( comma 3, ultima parte art. 54)

Pare dunque che lo spazio di un recepimento facoltativo da parte degli Stati Membri riguardi la possibilità di prevedere una applicazione limitata a determinati appalti e circostanze, ma non consenta di escludere totalmente la possibilità riconosciuta dalle nuove Direttive e già anticipata dal Libro Verde sulla modernizzazione della politica in materia di appalti pubblici, il quale già nel 2011 prospettava l'opportunità di riconsiderare l'organizzazione e la sequenza dell'esame dei criteri di selezione e di aggiudicazione nell'ambito della procedura di appalto e, in particolare, la possibilità di esaminare i criteri di aggiudicazione non necessariamente dopo l'esame dei criteri di selezione.

Pur nella consapevolezza delle difficoltà connesse al recepimento di una siffatta previsione, Legacoop guarda con favore alla possibilità di riorganizzare la sequenza delle fasi di gara nell'ottica del perseguimento di una semplificazione procedurale ed alla possibilità di un effettivo alleggerimento degli oneri amministrativi e di possibile deflazione del contenzioso in materia.

Ovviamente la introduzione di una facoltà siffatta nel nostro ordinamento andrebbe necessariamente coordinata con il nostro sistema di qualificazione (attualmente operativo in forma sistematica solo per i lavori pubblici) e della normativa nazionale sulle autodichiarazioni nonché con l'introduzione di misure volte ad evitare il rischio che una volta aperte tutte le offerte, si riscontri la assenza di requisiti in capo all'aggiudicatario.

Tuttavia, non si possono trascurare gli effetti benefici che una tale semplificazione apporterebbe sulle procedure di gara anche in termini deflattivi del contenzioso oggi per gran parte imputabile ai ricorsi in

tema di art.38 del d.lgs. 163/06 ed, in generale, al sistema paese in termini di accelerazione dei tempi delle procedure e conseguente riduzione dei costi soprattutto in un periodo di fortissima crisi economica quale quello attuale.

In tale prospettiva si potrebbe ipotizzare in fase di recepimento, un regime transitorio che preveda l'entrata a regime dell'inversione delle fasi, con la piena operatività della Banca Dati Nazionale dei contratti Pubblici (BDNC), e la istituzione di un sistema di accesso informatico delle Stazioni appaltanti ai dati degli operatori economici concorrenti attraverso la BDNC.

## **Criteria di aggiudicazione dell'appalto**

### **Articolo 66 paragrafo 2 appalti pubblici**

#### **Articolo 76 paragrafo 2 utilities**

L'offerta economicamente più vantaggiosa dal punto di vista dell'amministrazione aggiudicatrice è individuata sulla base del prezzo o del costo, seguendo un approccio costo/efficacia, quale il costo del ciclo di vita conformemente all'articolo 67, e può includere il miglior rapporto qualità/prezzo, valutato sulla base di criteri comprendenti gli aspetti qualitativi, ambientali e/o sociali connessi all'oggetto dell'appalto pubblico in questione.

Tra tali criteri possono rientrare ad esempio:

- a) la qualità, che comprende pregio tecnico, caratteristiche estetiche e funzionali, accessibilità, progettazione adeguata per tutti gli utenti, caratteristiche sociali, ambientali e innovative, e la commercializzazione e relative condizioni;
- b) organizzazione, qualifiche ed esperienza del personale incaricato di eseguire il contratto, qualora la qualità del personale possa avere un'influenza significativa sul livello dell'esecuzione dell'appalto; o
- c) servizi post-vendita e assistenza tecnica, condizioni di consegna quali data di consegna, processo di consegna e termine di consegna o di esecuzione.

L'elemento relativo al costo può inoltre assumere la forma di un prezzo o costo fisso sulla base del quale gli operatori economici competeranno solo in base a criteri qualitativi.

Gli Stati membri possono prevedere che le amministrazioni aggiudicatrici non possano usare solo il prezzo o il costo come unico criterio di aggiudicazione o limitarne l'uso a determinate categorie di amministrazioni aggiudicatrici o a determinati tipi di appalto.

### **Osservazioni**

Legacoop è favorevole al recepimento delle disposizioni dettate dalle nuove Direttive in tema di criteri di aggiudicazione. L'orientamento del legislatore comunitario - che si ha ragione di ritenere debba essere colto dallo Stato italiano con un recepimento conforme - è quello di grande favore per il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa a discapito del criterio del prezzo più basso.

A tal fine il criterio guida per il corretto recepimento delle disposizioni in esame sono i considerando dal 36 bis al 39, quale sintomatici della *ratio* ispiratrice dell'articolato delle Direttive.

Appare importante sottolineare che accanto alla preferenza accordata al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, i due criteri di aggiudicazione tradizionali cambiano di contenuto nel senso che ciascuno di essi deve essere capace di esprimere il miglior rapporto prezzo/qualità ovvero costo/efficacia; il criterio del "prezzo più basso" non dovrebbe più essere un fattore determinante per l'assegnazione dei contratti, ma dovrebbe essere sostituito da criteri più ampi che includano l'impatto sociale e ambientale della proposta e prendano in considerazione l'intero ciclo di produzione del bene o del servizio in appalto.

Ai due criteri tradizionali se ne aggiunge poi un terzo, nel caso in cui le prestazioni dedotte nel contratto di appalto abbiano un prezzo o costo fisso, nel qual caso è possibile che gli operatori economici competano solo in base a criteri qualitativi.

In questa ottica, il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa va inteso in una accezione più complessa di quella attuale, quale strumento per promuovere la qualità e l'innovazione negli appalti pubblici, per includere gli aspetti ambientali e sociali (a favore della tutela dell'occupazione e delle condizioni di lavoro nonché a favore dei disabili e di altri gruppi svantaggiati), di garantire una maggiore professionalizzazione, di aumentare la partecipazione delle PMI incluse le imprese sociali.

Peraltro, in considerazione della peculiarità del contesto Paese, nell'ordinamento italiano i parametri di solidità sociale sono senz'altro quelli maggiormente rilevatori di una maggiore qualità del tessuto imprenditoriale.

Si suggerisce allora, pur rimanendo nell'ottica della bipartizione tradizione dei criteri di aggiudicazione tra prezzo più basso e offerta economicamente più vantaggiosa, di inserire in sede di recepimento tra i possibili parametri di ponderazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, elementi non strettamente connessi al solo contenuto dell'offerta (principio peraltro ammesso dalle nuove Direttive laddove consentono di fare riferimento alle elementi quali le qualifiche professionali e l'esperienza del personale incaricato di eseguire il contratto) ma alla solidità dell'imprenditore (il requisito dell'occupazione stabile rapportato al lungo periodo, ad es. al decennio; percentuale di investimento sul fatturato per la formazione).

Un altro elemento che si ritiene opportuno sottolineare riguarda le modalità con le quali tradurre – nel concreto – i punteggi relativi al prezzo nell'OEPV. Si tratta di un aspetto rilevante, che sicuramente riguarderà più la fase attuativa (il Regolamento), ma che ci sembra necessario evidenziare fin da ora. L'esperienza di questi ultimi tre anni, successivi all'approvazione del Dpr 207/10 ha evidenziato - soprattutto negli appalti di servizi – l'effetto distorsivo di alcune formule matematiche (ad esempio nell'art. 286). Riteniamo indispensabile, su questi aspetti, un approccio più equilibrato e in cui la proporzionalità dei punteggi sia correlata tendenzialmente al confronto tra gli importi offerti e non tra gli sconti percentuali. Ciò aiuterebbe ad evitare che differenze irrisorie di prezzo comportino punteggi molto diversi per i concorrenti.

Quanto infine alla possibilità prevista nell'ultima parte del comma 2 “ *(Gli Stati membri possono prevedere che le amministrazioni aggiudicatrici non possano usare solo il prezzo o il costo come unico criterio di aggiudicazione o limitarne l'uso a determinate categorie di amministrazioni aggiudicatrici o a determinati tipi di appalto)* che consente agli Stati Membri di limitare l'uso del criterio del prezzo più basso a determinati tipi di appalti o di amministrazioni, la Direttiva trasferisce agli Stati membri la facoltà di effettuare una scelta più radicale rispetto a quella effettuata dal legislatore comunitario, nel senso di consentire l'utilizzo del criterio del prezzo più basso solo per alcuni tipi di appalti ovvero per alcune categorie di amministrazioni.

Ebbene, nell'ottica del perseguimento delle illustrate finalità, Legacoop è favorevole a che in sede di recepimento, lo Stato Italiano eserciti tale facoltà, relegando l'utilizzo del criterio del prezzo più basso (seppure nell'accezione sopra esposta) a casi residuali di appalti predeterminati in ragione del loro oggetto; a tal fine, ragionando a contrario, rispetto a quanto avveniva nella Legge Merloni (la quale all'art.21 prevedeva il ricorso all'offerta economicamente più vantaggiosa quale criterio residuale) gli appalti per i quali consentire l'utilizzo del criterio di aggiudicazione del prezzo più basso potrebbero essere quelli di importo inferiore ad un determinato valore e/o privi di una consistente componente tecnologica o di rilevanza tecnica delle soluzioni progettuali, o comunque tali da poter essere aggiudicati con un certo automatismo, senza che la loro progettazione possa essere utilmente migliorata con le integrazioni proposte dall'appaltatore.

Si ritiene, invece, preferibile, non limitare l'utilizzo del criterio di aggiudicazione del prezzo più basso ad alcune categorie di amministrazioni aggiudicatrici per la ragione pratica connessa alla difficoltà della individuazione a priori di tali categorie.

Inoltre, a nostro avviso, il recepimento delle direttive europee dovrebbe essere anche l'occasione per rimuovere dal nostro ordinamento, anche regionale, alcune disposizioni in palese contrasto con l'ordinamento comunitario e nazionale.

Facciamo riferimento, ad esempio, ad alcune disposizioni contenute nel **Regolamento D.P.R.S. n. 13/2012, di attuazione della Legge Regionale siciliana n. 12/2011**, in cui all'art. 29, comma 5 lett. b), è disciplinata l'attribuzione del punteggio, nel caso di applicazione del criterio dell'OEPV, in relazione ai parametri del *costo del lavoro*, indicati in sede di offerta dall'operatore economico.

Tali parametri appaiono piuttosto discutibili, quali elementi di valutazione dell'offerta tecnica ai quali attribuire un punteggio, poiché questi non rientrano tra gli elementi dell'offerta "economicamente valutabili" e pertinenti allo specifico contratto, indicati nell'art. 83 del Codice, né tantomeno assimilabili per analogia agli stessi, non fosse altro perché riguardano la politica aziendale dell'operatore economico o fattori estranei alla "qualità" dell'offerta.

In particolare, nell'esplicitare l'assegnazione del punteggio relativo al costo del lavoro, non si fa riferimento ad elementi positivi come la struttura organizzativa e le competenze dell'impresa ma all'assunzione o meno di figure professionali "svantaggiate", probabilmente meno esperte e competenti, andando contro il principio di qualità dell'opera che questo criterio di aggiudicazione ha invece l'obiettivo di valorizzare.

## **Subappalto**

### **Articolo 71 appalti pubblici**

#### **Articolo 81 utilities**

Il comma 1 dell'art. 71 della Direttiva Appalti contiene una disposizione a recepimento facoltativo nella parte in cui prevede che una amministrazione aggiudicatrice possa essere obbligata da uno Stato Membro a chiedere all'offerente di indicare nella sua offerta la parte di appalto che intende affidare a terzi **nonché i subappaltatori proposti.**

Sembra dunque che le nuove Direttive rimettano agli Stati Membri la possibilità di reintrodurre l'obbligo un tempo normativamente previsto – di essere vincolato all'affidamento del subappalto a



soggetti indicati in sede di gara, come pure di procedere alla preventiva indicazione dei nominativi dei subappaltatori potenziali. Va a tal proposito evidenziato che la interpretazione letterale dell'art. 118 del Codice dei Contratti nega la sussistenza di un dovere che imponga al concorrente di indicare in gara il nominativo del soggetto che andrà ad eseguire le prestazioni in regime di subappalto.

La *ratio* di tale disposizione – che lo si ripete è frutto di una precisa volontà del legislatore – è quella di evitare inutili ingessamenti nella esecuzione del contratto legandosi già in fase di gara a soggetti della cui prestazione il contraente principale potrebbe trovarsi ad usufruire a distanza di moltissimo dalla presentazione delle offerte.

Tuttavia si è andato diffondendo nella recente giurisprudenza il cd “*subappalto necessario o avvalimento sostanziale*” secondo il quale il concorrente che partecipata ad una gara e che dichiara di volere subappaltare una parte di lavorazioni per la cui esecuzione egli non abbia i requisiti necessari in proprio, ha l'obbligo di indicare il nominativo dell'operatore economico che andrà ad eseguire i lavori in regime di subappalto ( cfr. Consiglio di Stato, Sez VI, sentenza 2 maggio 2012 n. 2508; TAR Umbria sez. I, 31 ottobre 2012 n. 464; Tar Marche 21 marzo 2013 n. 229; TAR Puglia Bari Sez.I 16 aprile 2013 n. 565).

L'Autorità di Vigilanza, invece, si è espressa in senso contrario seguendo il dato letterale della norma a mente del quale, “*i concorrenti che all'atto dell'offerta abbiano indicato i lavori o le parti di opere ovvero di servizi e le forniture o parti di servizi e forniture che intendano subappaltare o concedere in cottimo*”, anche in recenti pareri ( parere precontenzioso n. 187 del 7 novembre 2012)

In questo scenario la “apertura della Direttiva” potrebbe costituire l'occasione per chiarire definitivamente che avvalimento e subappalto appartengono a due distinti momenti della gara: il primo alla partecipazione il secondo alla esecuzione del contratto aggiudicato, senza possibilità di indebite contaminazioni.

Legacoop è dunque contraria ad un recepimento che sulla scia di tali orientamenti, finirebbe per creare pericolose una contaminazione tra due fattispecie molto diverse e si tradurrebbe in una indebita limitazione del ricorso al subappalto.

Il comma 2 dell'art. 71 prevede la possibilità che, su richiesta del subappaltatore, e se la natura del contratto lo consente, l'amministrazione aggiudicatrice trasferisca i pagamenti dovuti direttamente al subappaltatore, a fronte di idonei meccanismi che consentano al contraente principale di opporsi a pagamenti indebiti e con indicazione di tali modalità di pagamento nei documenti di gara. Nello stesso senso si esprime avviso favorevole in ordine al recepimento delle corrispondenti previsioni di cui all'art. 81, paragrafo 3, della Direttiva Settori Speciali.

Legacoop sarebbe particolarmente favorevole al recepimento di una normativa di recepimento delle previsioni di cui al paragrafo 4 dell'art. 71 della Direttiva Appalti Pubblici dove è contemplata la possibilità che sia il contraente principale il soggetto direttamente tenuto a trasmettere alla stazione appaltante le informazioni e la documentazione riguardante il subappaltatore. Si tratta di una disposizione che è coerente con la natura di contratto derivato del subappalto e con il regime di responsabilità dell'appaltatore anche per le prestazioni eseguite in subappalto nonché con le disposizioni sulla responsabilità solidale dell'appaltatore. Il contratto di subappalto, infatti, fa nascere un rapporto obbligatorio tra appaltatore e subappaltatore rispetto al quale il committente è estraneo perché non acquista né diritti né assume obblighi nei confronti del subappaltatore. L'appalto, infatti, resta immutato tra committente ed appaltatore originario, sul quale continua a far carico la responsabilità esclusiva dell'esecuzione dei lavori.

Nello stesso senso si esprime avviso favorevole sulle corrispondenti previsioni di cui all'art. 81, paragrafo 5, della Direttiva Settori Speciali.

In merito alla possibilità prevista al comma 6 dell'art. 71 della Direttiva Appalti Pubblici, che gli Stati membri possono prevedere disposizioni di diritto interno più rigorose in materia di responsabilità, anche nel quadro del diritto interno in materia di pagamenti diretti ai subappaltatori, “*ad esempio prevedendo pagamenti diretti ai subappaltatori senza la necessità che questi ultimi facciano richiesta di pagamento diretto*” Legacoop è contraria ad un recepimento che a prescindere dalla richiesta del subappaltatore o da particolari tipologie di appalti, imponga alle amministrazioni aggiudicatrici di pagare direttamente i subappaltatori. Nell'attuale sistema, infatti la previsione della trasmissione alla stazione appaltante delle fatture quietanzate pagate al subappaltatore costituisce una sufficiente garanzia ed un punto di equilibrio tra l'esigenza delle imprese subappaltatrici di essere pagate e la tutela dell'appaltatore che risponde direttamente per eventuali inadempienze nei confronti del committente ed in solido con il subappaltatore per i suoi debiti previdenziali fiscali e contributivi. Per le stesse ragioni si esprime avviso contrario in ordine alle corrispondenti previsioni di cui all'art. 81 paragrafo 7 della Direttiva Settori Speciali, nonché all'art.41, paragrafo 2 quater, della nuova direttiva concessioni.

Nella eventualità non auspicata da Legacoop che il recepimento delle disposizioni sul subappalto contenute nelle nuove Direttive costituisca l'occasione per introdurre una normativa più stringente in materia, si è dell'avviso che tale possibilità vada temperata con la previsione di cui al paragrafo 7 dell'art. 71 secondo il quale gli stati Membri che hanno scelto di adottare misure più rigorose in materia di subappalto possono limitarne l'applicabilità, ad esempio in relazione a determinati tipi di appalti, a determinate categorie di amministrazioni aggiudicatrici o operatori economici ovvero a determinati importi. Nello stesso senso si esprime avviso favorevole in ordine alle corrispondenti previsioni di cui all'art. 81 paragrafo 8 della Direttiva Settori Speciali, nonché all'art.41, paragrafo 2 quinquies della nuova direttiva concessioni.

## **Appalti riservati per determinati servizi**

### **Articolo 76 bis paragrafo 1 appalti pubblici**

#### **Articolo 86 bis paragrafo 1 utilities**

Gli Stati membri possono prevedere che le amministrazioni aggiudicatrici possano riservare il diritto di partecipare alle procedure per l'aggiudicazione di appalti pubblici **ad un'organizzazione** esclusivamente per i servizi sociali e in materia di salute e cultura di cui all'articolo 74 identificati con i codici CPV 75121000-0 servizi amministrativi nel settore dell'istruzione, 75122000-7 servizi amministrativi in campo sanitario, 75123000-4 servizi amministrativi per l'edilizia, 79622000-0 servizi di fornitura di personale, compreso personale temporaneo, 79624000-4 servizi di fornitura di personale infermieristico, 79625000-1 servizi di fornitura di personale medico, 80110000-8 servizi di istruzione prescolastica, 80300000-7 servizi di istruzione superiore, 80420000-4 servizi di e-learning, 80430000-7 servizi di istruzione universitaria per adulti, 80511000-9 servizi di formazione dei dipendenti, 80520000-

5 servizi di formazione industriale e tecnica, 80590000-6 servizi di tutorato, da 85000000-9 servizi ospedalieri e affini<sup>2</sup>....

- 
- <sup>2</sup> 85111000-0 Servizi ospedalieri  
85111100-1 Servizi ospedalieri di chirurgia  
85111200-2 Servizi medici ospedalieri  
85111300-3 Servizi ospedalieri di ginecologia  
85111310-6 Servizi di fecondazione artificiale  
85111320-9 Servizi ospedalieri di ostetricia  
85111400-4 Servizi ospedalieri di rieducazione  
85111500-5 Servizi ospedalieri di assistenza psichiatrica  
85111600-6 Servizi ortotici  
85111700-7 Servizi di ossigenoterapia  
85111800-8 Servizi di patologia  
85111810-1 Servizi di analisi del sangue  
85111820-4 Servizi di analisi batteriologica  
85111900-9 Servizi di dialisi ospedaliera  
85112000-7 Servizi di assistenza ospedaliera  
85112100-8 Servizi di fornitura di biancheria ospedaliera  
85112200-9 Servizi di cure ambulatoriali  
85120000-6 Servizi di assistenza medica ambulatoriale e servizi affini  
85121000-3 Servizi di assistenza medica ambulatoriale  
85121100-4 Servizi di medici generici  
85121200-5 Servizi medici specialistici  
85121210-8 Servizi ginecologici o ostetrici  
85121220-1 Servizi specialistici di nefrologia o del sistema nervoso  
85121230-4 Servizi cardiologici o servizi specialistici polmonari  
85121231-1 Servizi cardiologici  
85121232-8 Servizi specialistici polmonari  
85121240-7 Servizi otorinolaringoiatrici o audiologici  
85121240-8 Servizi gastroenterologi e geriatrici  
85121251-7 Servizi gastroenterologi  
85121252-4 Servizi geriatrici  
85121270-6 Servizi psichiatrici o psicologici  
85121271-3 Servizi di istituti per persone con disturbi psicologici  
85121280-9 Servizi oftalmologici, dermatologici o ortopedici  
85121281-6 Servizi oftalmologici  
85121282-3 Servizi dermatologici  
85121283-0 Servizi ortopedici  
85121290-2 Servizi pediatrici o urologici  
85121291-9 Servizi pediatrici  
85121292-6 Servizi urologici  
85121300-6 Servizi chirurgici specialistici  
85130000-9 Servizi di gabinetti odontoiatrici e servizi affini  
85131000-6 Servizi di gabinetti odontoiatrici  
85131100-7 Servizi di ortodonzia  
85131110-0 Servizi di chirurgia ortodontica  
85140000-2 Vari servizi sanitari  
85141000-9 Servizi prestati da personale medico  
85141100-0 Servizi prestati da ostetriche  
85141200-1 Servizi prestati da personale infermieristico  
85141210-4 Servizi di cure mediche a domicilio  
85141211-1 Servizi di dialisi a domicilio  
85141220-7 Servizi di consulenza prestati da personale infermieristico  
85142000-6 Servizi prestati da personale paramedico

## **Osservazioni**

La introduzione nel testo delle nuove Direttive della previsione di appalti riservati per determinati servizi sociali, in materia di cultura e salute, costituisce una novità che la Lega delle Cooperative accoglie con grande favore in quanto coraggiosa attuazione delle considerazioni già espresse dalla Commissione europea e dal Comitato economico e sociale europeo in merito alle imprese sociali come elemento chiave del modello sociale europeo.

---

85142100-7 Servizi di fisioterapia  
85142200-8 Servizi di cure omeopatiche  
85142300-9 Servizi igienici  
85142400-0 Consegna a domicilio di prodotti per incontinenti  
85143000-3 Servizi di ambulanza  
85144000-0 Servizi di case di cura  
85144100-1 Servizi infermieristici di case di cura  
85145000-7 Servizi prestati da laboratori medici  
85146000-4 Servizi prestati da banche di sangue  
85146000-5 Servizi prestati da banche di sperma  
85146200-6 Servizi prestati da banche di organi per trapianti  
85147000-1 Servizi sanitari nelle imprese  
85148000-8 Servizi di analisi mediche  
85149000-5 Servizi farmaceutici  
85150000-5 Servizi di imaging medicale  
85160000-8 Servizi ottici  
85170000-1 Servizi di agopuntura e di chiropratica  
85171000-8 Servizi di agopuntura  
85172000-5 Servizi di chiropratica  
85200000-1 Servizi veterinari  
85210000-3 Servizi veterinari a domicilio  
85300000-2 Servizi di assistenza sociale e servizi affini  
85310000-5 Servizi di assistenza sociale  
85311000-2 Servizi di assistenza sociale con alloggio  
85311100-3 Servizi di assistenza sociale per persone anziane  
85311200-4 Servizi di assistenza sociale per disabili  
85311300-5 Servizi di assistenza sociale per bambini e giovani  
85312000-9 Servizi di assistenza sociale senza alloggio  
85312100-0 Servizi di centri diurni  
85312110-3 Servizi forniti da centri diurni per bambini  
85312120-6 Servizi forniti da centri diurni per bambini e giovani disabili  
85312200-1 Consegna a domicilio di prodotti alimentari  
85312300-2 Servizi di orientamento e consulenza  
85312310-5 Servizi di orientamento  
85312320-8 Servizi di consulenza  
85312330-1 Servizi di pianificazione familiare  
85312400-3 Servizi di assistenza sociale non prestati da istituti residenziali  
85312500-4 Servizi di riabilitazione  
85312510-7 Servizi di reinserimento professionale  
85320000-8 Servizi sociali  
85321000-5 Servizi sociali amministrativi  
85322000-2 Programma di azione municipale  
a 85323000-9 Servizi sanitari municipali, 92500000-6 servizi di biblioteche, archivi, musei e altri servizi culturali,  
92600000-7 servizi sportivi, 98133000-4 servizi prestati da organizzazioni associative di carattere sociale, 98133110-8  
servizi prestati da associazioni giovanili.

Va infatti rammentato che nell'ottobre del 2010, la Commissione ha pubblicato la "Guida alla considerazione degli aspetti sociali negli appalti pubblici", ribadendo, la valenza strategica dell'integrazione di aspetti sociali nelle procedure di affidamento di contratti pubblici, anche nel contesto della riforma delle direttive appalti come parte della Strategia Europa 2020 e delle diverse iniziative correlate.

Da parte sua il Comitato economico e sociale europeo nel parere *Imprenditoria sociale e impresa sociale* (parere esplorativo) (2012/C 24/01) del 25 ottobre 2011, "Iniziativa per l'imprenditoria sociale" nella consapevolezza che la definizione di impresa sociale varia da Stato a Stato, suggeriva alla Commissione di adottare, più che una vera e propria definizione, una descrizione basata su una serie di caratteristiche condivise.

Le nuove Direttive raccolgono tale indicazione, prevedendo al comma 2 dell'art. 76 bis e 86 bis, le caratteristiche che "*le organizzazioni di cui al paragrafo 1*" devono avere per godere della riserva contemplata al primo comma dei medesimi articoli per l'aggiudicazione degli appalti pubblici nei servizi sociali, in materia di salute e cultura:

- prefiggersi **obiettivi di carattere essenzialmente sociale** piuttosto che lucrativo, creando benefici sociali per la società in generale o i suoi membri,
- operare prevalentemente senza fini di lucro, e di **reinvestire gran parte degli utili** anziché distribuirli tra i soci o altri proprietari privati,
- essere operatori economici che **producono beni e servizi** (di interesse generale), in molti casi contraddistinti da una forte componente di innovazione sociale,
- operare come **entità indipendenti**, con una spiccata dimensione **partecipativa** e di **codecisione** (coinvolgimento del personale, degli utenti, dei membri) nonché di **governance democratica** (rappresentativa o diretta),
- essere, in molti casi, derivate da **organizzazioni della società civile** od associate ad esse.

In effetti un'impresa sociale è un attore dell'economia sociale il cui principale obiettivo non è generare utili per i suoi proprietari o azionisti, ma esercitare un impatto sociale; essa opera sul mercato producendo beni e servizi in modo imprenditoriale e innovativo e destinando i propri utili principalmente alla realizzazione di obiettivi sociali; è gestita in modo responsabile e trasparente, in particolare coinvolgendo dipendenti, clienti e altri soggetti interessati dalle sue attività commerciali.

L'utilizzo del termine "organizzazioni" è frutto dunque di una scelta voluta per raggruppare soggetti dotati di uno specifico statuto giuridico (cooperative, fondazioni, associazioni e mutue), molte delle quali sono anche imprese sociali sulla base delle caratteristiche succitate

**Sulla scorta di tali considerazioni è opportuno tradurre l'articolo 76 bis comma 1 sostituendo al singolare "organizzazione", il plurale "organizzazioni".** In considerazione dell'ampia gamma di servizi che sono inclusi nel novero dei servizi sociali e in materia di salute e cultura (declinati nei CPV di cui alla nota) appare un giusto contemperamento con i principi di concorrenza, la introduzione di una durata massima dei relativi contratti pari a tre anni ed il correlato divieto di nuovi affidamenti.

Ciò premesso, Legacoop è favorevole ad un integrale accoglimento della disciplina introdotta in tema di appalti riservati nei termini sopra espressi.