



"Osservazioni al ddl 1678 Delega recepimento direttive appalti e concessioni"

Contributo dell'Alleanza delle Cooperative Italiane

1. PREMESSA

La scelta operata dal disegno di Legge Delega è una sfida, particolarmente impegnativa in considerazione del corpo normativo oggi vigente, e ci induce ad alcune considerazioni di premessa alle presenti note.

Gli obiettivi che avevano animato il processo di riforma realizzato con il Codice dei contratti pubblici del d.lgs. n. 163/2006 e, segnatamente, la centralità del progetto e la qualificazione dell'efficienza amministrativa, sono stati, di fatto, profondamente disattesi a causa di disposizioni normative inerenti alla fase esecutiva, che hanno consentito di occultare i vizi del processo di determinazione della volontà delle stazioni appaltanti (scaricando sul sistema delle imprese onerosità e difficoltà dalle quali sono scaturiti numerosi contenziosi) ed a causa del fatto che per le grandi opere si è ricorsi sistematicamente ad un sistema di deroghe.

L'occasione della riforma è data dal recepimento delle Direttive UE 23, 24 e 25 del 26 febbraio 2014, in materia di appalti pubblici, settori speciali e concessioni: provvedimenti che si innestano sulle indicazioni dell'Unione Europea ed in particolare della strategia "Europa 2020" che 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 relativi ad una crescita intelligente, sostenibile ed inclusiva e 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".

Il perseguimento degli obiettivi della Strategia Europa 2020, attraverso la capacità di spesa degli enti pubblici, deve tenere conto di questa pluralità di interessi, di finalità e delle difficoltà che l'attuale periodo storico esprime (si pensi alle misure di spending review introdotte dal legislatore dal 2012 in poi), con la drastica riduzione degli investimenti pubblici dal 2008 ad oggi, che incide inevitabilmente sui budget dei contratti pubblici.

Inoltre va ricordato che la finalità della Strategia Europa 2020 è quella di garantire il miglioramento delle condizioni di accesso al mercato delle PMI, individuando, nel caso di contratti di più elevato importo e complessità, modalità di coinvolgimento delle stesse nell'esecuzione, che ne salvaguardino ruolo e professionalità.

In questa nota vogliamo evidenziare come, in tutta la discussione degli ultimi anni sulla materia e sulle ragioni delle modifiche intervenute dall'approvazione del Codice vigente nel 2006, l'attenzione si sia concentrata troppo poco sul contesto amministrativo e sui comportamenti effettivi degli attori in campo, senza migliorare le fasi a monte della gara, l'efficacia dei controlli e la trasparenza e l'efficienza dei sistemi che presiedono alle procedure di gara.

Concordiamo altresì con l'obiettivo di contrastare il fenomeno noto come "gold plating", consistente nell'introduzione, in sede di recepimento delle direttive, di adempimenti ed oneri ulteriori rispetto a quelli definiti dal regolatore comunitario. In proposito, è opportuno che l'Italia si adegui alle buone prassi di altri Paesi europei (come Regno Unito e Svezia) che hanno già definito disposizioni e strumenti volti ad evitare che il recepimento della normativa europea nel rispettivo ordinamento si trasformi in un'occasione per introdurre procedure e costi non necessari gravanti sui destinatari della regolazione.

Infine, considerando che la normativa appalti riguarda indistintamente tre macro ambiti di intervento (lavori, servizi e forniture) ed è ovvio che grande parte dell'articolato debba avere questa connotazione, riteniamo anche che vi siano differenze tra i suddetti ambiti che impongono

una trattazione distinta: sarebbe perciò opportuno che nella legge delega e nei decreti legislativi vi sia una parte di norme dedicate ai lavori, parte ai servizi e parte alle forniture.

Si condivide l'impostazione del disegno di legge AS 1678 e gli obiettivi a cui mira. È molto importante che il percorso della riforma sia spedito e che conduca quanto prima all'adozione del nuovo **Codice degli appalti pubblici e delle concessioni**. In proposito, ci preme sottolineare che le cooperative che rappresentiamo chiedono in primo luogo la certezza del diritto, la chiarezza e la semplicità delle norme e un sistema rigoroso di modifica del nuovo Codice che garantisca, come previsto dalla legge delega, adeguato e trasparente coinvolgimento dei principali soggetti pubblici e privati destinatari della normativa.

Rimane, in ogni caso, aperta la delicata questione relativa a quali disposizioni oggi previste dal Codice e dal Regolamento verranno mantenute.

Infine, vi segnaliamo che il presente documento oltre ad offrire alcune puntuali osservazioni inerenti i criteri contenuti nelle diverse lettere dell'art. 1 del disegno di legge delega, esprime alcune considerazioni relative all'importanza per il movimento cooperativo del recepimento di alcuni istituti innovativi delle direttive europee.

*

2. LA LEGGE DELEGA

2.1. La codificazione (lett. a, b e c).

Appreziamo anzitutto la volontà di giungere ad un unico testo normativo denominato «**Codice degli appalti pubblici e delle concessioni**» che contempli l'attuazione delle tre direttive. È fondamentale il coordinamento con le ulteriori disposizioni normative in vigore nelle medesime materie, anche a livello settoriale, e il divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive, come prevede il disegno di legge alle lettere a), b) e c) dell'articolo 1.

Si ritiene altresì opportuno prevedere procedure che assicurino l'adozione del Regolamento di attuazione "contestualmente" al nuovo Codice. Infatti, il disegno di legge nulla dispone circa l'emanazione della fonte secondaria (regolamento); l'immediato precedente ha visto l'emanazione del Regolamento di attuazione ed esecuzione del Codice dei contratti pubblici (D.P.R. 207/2010) ben quattro anni dopo l'adozione del Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture (decreto legislativo 163/2006).

Infine, si rileva sul punto che sarebbe opportuno prevedere (in riferimento all'articolo 1, comma 3) che sullo schema di decreto legislativo di attuazione della legge delega sia acquisito il parere dell'Autorità nazionale anticorruzione.

2.2. I criteri di affidamento (lett. d).

Una delle novità più significative delle nuove direttive europee riguarda i criteri di aggiudicazione, rispetto ai quali si esplicita un privilegio per l'utilizzo del metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa ("OEPV"). Questa scelta offre l'opportunità di rafforzare gli istituti volti a combattere il fenomeno delle offerte anormalmente basse, per cui il metodo del prezzo più basso dovrebbe

essere circoscritto alle poche situazioni dove l'aggiudicazione può essere fatta con un certo automatismo risultando oggettivamente ininfluenza la proposta progettuale del concorrente.

Inoltre, sarebbe opportuno sfruttare l'altra possibilità che la direttiva ci offre ossia, specie per gli acquisti di maggiore rilevanza sul piano economico e tecnico realizzativo, il criterio del "prezzo o costo fisso", in base al quale gli operatori economici competono solo in base a criteri qualitativi.

Pertanto, quando la Direttiva dice che *"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 ... o determinati tipi di appalto"*, mette gli Stati membri nella condizione di compiere una scelta più netta, di esercitare una facoltà che noi chiediamo venga esercitata, prevedendo che il "criterio del prezzo più basso" rimanga criterio *residuale* per appalti a bassa complessità e venga escluso per i casi di appalti di servizi caratterizzati da alta intensità della manodopera.

Si sollecita, nel settore dei servizi sociali, altresì il recepimento del principio di cui al par. 2 dell'art. 76, adottando in via generale ed obbligatoria il criterio dell'offerta che presenta il miglior rapporto qualità/prezzo, tenendo conto altresì della qualità e sostenibilità dei servizi sociali come già previsto dalla normativa nazionale vigente (si veda paragrafo 3.4) e che sia ribadito il divieto (già sussistente nell'ordinamento interno, v. art. 1 della legge 328 del 2000 e D.P.C.M. n. 30 Marzo 2001, art. 4, comma 3 e ampiamente confermato dalla giurisprudenza) di procedere all'affidamento dei servizi sociali con il metodo del *massimo ribasso*.

L'OEPV deve essere intesa come strumento per promuovere la qualità e l'innovazione; per includere aspetti ambientali e sociali (si veda il paragrafo 3.3 per le clausole sociali); per garantire una maggiore professionalizzazione; per trovare inoltre (innestandosi in un dibattito aperto anche nel nostro paese) modalità che possano valorizzare elementi legati alla solidità dell'impresa e alla sua reputazione.

Inoltre, il sistema dell'OEPV per essere realmente efficace deve effettivamente permettere di puntare sulla qualità dei servizi e non deve determinare lo svilimento del corretto rapporto qualità-prezzo, come avviene ora con le formule matematiche previste dall'allegato P punto II lett. b) di cui agli artt. 283 e 286 del Regolamento Dpr. 207/10: a fronte di differenze minime di prezzo si determinano ampie differenze di punteggi attribuiti ai concorrenti.

Si richiama a questo punto la necessità che i punteggi relativi al prezzo nell'OEPV derivino da maggiore equilibrio, con una proporzionalità correlata più al confronto tra gli importi offerti che non tra gli sconti percentuali: a questo proposito continuiamo a pensare che le modalità contenute nel Dpcm 117/99, abrogato con l'entrata in vigore del Regolamento Dpr. 207/10, fossero un metodo valido, cui ispirarsi per il futuro.

Il "costo del lavoro", una questione irrisolta.

Identifichiamo gli elementi normativi vigenti che, in qualche modo, riconducono alla necessità di prestare attenzione al rispetto di un corretto costo del lavoro:

- per quanto riguarda il Codice (D.Lgs. 163/06), gli articoli 82 e 87 (per quest'ultimo in relazione all'avvenuta abrogazione della lettera G);
- per quanto riguarda il Regolamento attuativo (Dpr. 207/10), l'art. 4, ove si richiama all'osservanza dei *"contratti collettivi nazionali e di zona stipulati tra le parti sociali ... comparativamente più rappresentative"*;

Ora, per quanto si tratti di articoli importanti, la realtà ci consegna ogni giorno situazioni concrete nelle quali, a seguito della spinta all'aspirazione concorrenziale (sostenuta anche da norme come il citato art. 286), il rispetto dei CCNL e delle tabelle ministeriali viene ampiamente aggirato e si aggiudicano gare a prezzi inspiegabilmente bassi.

Inoltre, in sede di verifica di anomalia, la tendenza delle stazioni appaltanti è comunque di aggiudicare alla migliore proposta sotto il profilo economico.

Dietro a tutto ciò, molto spesso, il risultato concreto è la non applicazione corretta di quanto dovuto ai lavoratori: non bisogna dimenticare infatti che nei servizi ad alta intensità di manodopera non ci sono altri spazi per "scaricare" gli svantaggi di un prezzo troppo basso, se non alleggerendo oltremodo le buste paga dei lavoratori.

Tutto ciò altera pesantemente la par condicio tra i concorrenti: chi tratta correttamente il costo del lavoro rispettando appieno i diritti dei lavoratori rischia di essere messo fuori mercato. Questa alterazione è una delle strade che consente la proliferazione di una imprenditoria scorretta che si sottrae sistematicamente alle forme di controllo associativo e agisce in modo opaco per ridurre il costo del lavoro.

La modifica apportata all'art. 82 del Codice nel 2013, che meritoriamente voleva intervenire su questi aspetti, a nostro avviso ha individuato il problema ma ha introdotto una soluzione sbagliata: ingessare a priori il costo assoluto della manodopera in un appalto non consente di sviluppare la proposta aziendale, impedendo anche possibili miglioramenti dell'efficienza. Cosa diversa e, a nostro avviso, razionale è invece quella di introdurre già in sede di gara i costi unitari da rispettare tassativamente, lasciando alla capacità progettuale e organizzativa la possibilità di esprimersi.

Ora, venendo a quanto prevedono le direttive su questo tema, l'articolo 18, comma 2 sui principi per l'aggiudicazione degli appalti e i considerando 37, 40, 92, 93, 96, 103, della Direttiva Appalti contemplano espressamente l'adozione di misure adeguate per garantire **il rispetto degli obblighi in materia di diritto del lavoro e dei contratti collettivi**. È indispensabile che, nella predisposizione delle gare di appalto e nella valutazione dell'anomalia delle offerte, gli enti aggiudicatori siano tenuti a valutare che il valore economico sia adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro e al costo relativo alla sicurezza, che devono essere specificamente indicati e risultare congrui rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi o delle forniture. Il rispetto del costo del lavoro derivante dai CCNL firmati delle organizzazioni datoriali e sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale, così come la congruità, rispetto alle prestazioni richieste, dei valori economici contenuti nelle offerte, sono elementi essenziali.

Nel nuovo Codice bisogna dunque vietare il ricorso, quale parametro di riferimento e causa di giustificazione del ribasso, a contratti collettivi conclusi da rappresentanze sindacali con uno scarsissimo livello di rappresentatività dei lavoratori! In presenza di tali contratti "pirata", che generano "dumping sociale", le imprese rischiano di essere escluse a causa dei maggiori costi per retribuzioni dei lavoratori. Sarebbe poi opportuno introdurre, quale principio vincolante, l'obbligo di rispetto delle tabelle ministeriali relative al costo del lavoro, escludendo qualsiasi possibilità per le aziende di modificare gli importi minimi.

Per le ragioni sopra esposte e al fine di realizzare un uso realmente strategico degli acquisti della pubblica amministrazione, si propone l'inserimento di un apposito criterio di delega volto a rafforzare, anche attraverso misure premianti, disposizioni e istituti in materia di tutela ambientale e sociale.

2.3 Migliorare la trasparenza della gara (lett. e ed f)

Occorrerebbe migliorare la trasparenza delle procedure di gara, partendo dalla redazione dei bandi, attraverso la conclusione del percorso regolamentare sui bandi e capitolati tipo aventi come scopo contrattuale la medesima tipologia di oggetto.

Inoltre, con riferimento sia all'ambito della verifica del possesso dei requisiti dichiarati dai concorrenti, sia all'aspetto riguardante il contenzioso generato da tale questione, è auspicabile la prosecuzione del percorso intrapreso dal legislatore in tema di "soccorso istruttorio": percorso che, se battuto, non farebbe altro che confermare il principio di massima partecipazione alle gare nel rispetto della parità di trattamento dei concorrenti.

Anzi, potrebbe pure ipotizzarsi un ulteriore rafforzamento dello strumento del soccorso istruttorio, estendendolo ad ogni caso di mancanze sia dichiarative sia documentali del concorrente (o dei soggetti a vario titolo parte della procedura concorsuale, quali l'eventuale ausiliario o operatore economico indicato): rafforzamento che, peraltro, pare coerente con le disposizioni contenute nell'art. 59 della Direttiva 2014/24/UE (nonché art. 76 Direttiva 2014/25/UE).

In buona sostanza, non si vede per quale ragione la formale mancanza di un documento o di una dichiarazione relativi a situazioni di fatto verificabili con qualsiasi strumento e/o modalità da parte della stazione appaltante o dimostrabili da parte dell'offerente, debbano privare la stazione appaltante della migliore offerta ed il concorrente della commessa.

A ciò si aggiunga che un rafforzamento del potere/dovere di soccorso istruttorio delle stazioni appaltanti potrebbe senz'altro contribuire alla deflazione del contenzioso, eliminando le incertezze e gli oneri impropri a carico delle imprese generate dalla recente modifica introdotta all'articolo 38, comma 2 bis.

In quest'ambito, l'ottimizzazione della cartella documentale informatica e il conseguimento della completa dematerializzazione della documentazione amministrativa, come del resto previsto dalla direttiva, sono un ulteriore passo in avanti da compiere finalmente dopo il tempo invano atteso ad aspettare l'entrata in funzione dell'AVCPass.

Infine, serve più trasparenza nella formazione delle commissioni aggiudicatrici, anche con la creazione di albi centralizzati presso l'ANAC.

2.4 La qualificazione delle stazioni appaltanti (lett. g)

Riteniamo fondamentale, più che la mera aggregazione delle Stazioni Appaltanti, una riorganizzazione della PA finalizzata a qualificare le Stazioni Appaltanti, attraverso un sistema simile a quella dei loro interlocutori definendo:

1. le fasce di competenza determinate dalle tipologia dell'affidamento;
2. l'area di interesse (nazionale o di una singola area): a questo proposito, allontanare la governance degli acquisti dai territori rischia di essere inadatto a perseguire quanto peraltro previsto dalla Strategia Europa 2020 (crescita intelligente, sostenibile ed inclusiva);
3. l'importo, individuando più fasce (di numero contenuto).

Inoltre deve essere valorizzata maggiormente la fase della progettazione, anche attraverso un capovolgimento dei ruoli tra privati (maggior ruolo operativo) e PA (sviluppo del ruolo di

controllo), vero antidoto assieme al contrasto dell'azzardo nelle offerte economiche, ai successivi aggiustamenti in fase di esecuzione.

2.5 Il partenariato pubblico privato (lett. h).

Condividiamo l'importanza di **razionalizzare ed estendere le forme di partenariato pubblico privato** con il ricorso a strumenti innovativi e specifici. Le novità della direttiva sulla concessione ci consentono una adeguata riflessione sui limiti finora emersi nell'utilizzo dei sistemi di partenariato pubblico privato (PPP).

Occorre individuare misure finalizzate a razionalizzare e attuare realmente gli interventi costruttivi in PPP e in particolare:

- a. vi è la necessità di un supporto alle stazioni appaltanti, eventualmente seguendo l'esempio francese, dove è previsto che i Comuni o enti locali debbano essere autorizzati dall'unità tecnica statale di PPP per poter avviare un project. In particolare tale struttura dovrà accertare la convenienza economica della realizzazione in PPP, rispetto alle forme tradizionali di realizzazione di opere pubbliche. Tale struttura potrebbe inoltre essere delegata;
- b. il Codice vigente non prevede per lo Studio di Fattibilità una disciplina adeguata. Obiettivo dello SdF è ridurre il rischio di errate impostazioni delle iniziative ed evitare, nel corso della procedura, modifiche al progetto che potrebbero provocare allungamento dei tempi e incremento dei costi di realizzazione del progetto, oltre che definire una chiara identificazione dei diversi soggetti coinvolti e dei rischi connessi alla costruzione e gestione dell'opera;
- c. è necessario ridurre il rischio amministrativo legato al rispetto dei tempi per le procedure, alla revocabilità delle decisioni, alla localizzazione delle opere (anche attraverso forme di coinvolgimento delle popolazioni locali).

Inoltre nell'ambito dei servizi sociali, una disciplina organica del PPP, può permettere la realizzazione di progetti innovativi complessi. Ad esempio, alcune amministrazioni locali hanno sviluppato buone prassi, come la co-progettazione che permettono di partire dai bisogni degli utenti e dalla qualità dei servizi. In questi casi è necessario che si permetta di temperare i principi di trasparenza, pari opportunità e concorrenza con procedure di selezione idonee.

2.6 La qualificazione delle imprese (lett. i)

Occorre una migliore definizione dei contenuti relativi alla revisione del sistema di qualificazione delle imprese che preveda:

1. la necessità di mantenere un sistema di qualificazione centralizzato, che è in linea con sistemi nazionali aventi caratteristiche amministrative simili al nostro Paese;
2. l'eshaustività del requisito derivante dal sistema di qualificazione, a differenza di quanto avviene oggi con la certificazione SOA che, seppur teoricamente sufficiente, in concreto è svuotata dalla realtà dei bandi di gara, che contengono innumerevoli richieste aggiuntive (lavori analoghi, fatturati in periodi differenti, etc.);
3. un adeguato utilizzo del sistema di misurazione della reputazione e un'attenta selezione dei criteri sottostanti, che evitino discrezionalità eccessive in capo alla stazione appaltante;
4. misure di premialità che incentivino l'adozione e/o l'adesione dei concorrenti a codice etico, protocolli di legalità, autoregolazione di trasparenza (da valorizzare, in proposito,

- l'introduzione del *Rating di legalità*, per premiare le imprese che diano determinate garanzie e si assumano volontariamente impegni ulteriori nel contrasto alla criminalità);
5. la piena accessibilità e fruizione della *Banca dati nazionale sui contratti pubblici*, anche al fine di consentire l'utilizzo dei requisiti delle imprese nei mercati esteri.

In relazione al **subappalto**, le nuove direttive prevedono, seppure in via facoltativa, obblighi più stringenti in materia di qualificazione del soggetto subappaltatore, di responsabilità solidale lungo la catena del subappalto nonché di pagamento diretto dei subappaltatori da parte della PA contraente.

Per quanto concerne l'indicazione in procedura di gara del nominativo del subappaltatore, le nuove direttive, in continuità con le precedenti, confermano la facoltà dello Stato Membro di prevedere l'obbligatorietà dell'indicazione: in proposito riteniamo opportuna la conferma delle regole attualmente in vigore.

2.7 L'accesso al mercato delle PMI (lett. m)

Uno dei punti più innovativi delle direttive è il **miglioramento delle condizioni di accesso al mercato degli appalti pubblici e delle concessioni per le piccole e medie imprese** e per le imprese di nuova costituzione. Chiediamo in proposito che sia data piena attuazione a quanto previsto dall'art. 46 della direttiva sulla **divisione in lotti** per rendere effettivo questo principio. Al contempo l'accesso delle PMI deve essere garantito anche alle gare di CONSIP e degli altri soggetti aggregatori, così come alla partecipazione al mercato elettronico della pubblica amministrazione (MEPA).

Nel dettaglio, sul tema della **suddivisione degli appalti in lotti** (articolo 46, dir. App.; considerando 59, 78 e 79), la disposizione comunitaria è fondamentale per favorire la partecipazione delle PMI alle gare di appalto.

2.8 La codificazione della materia relativa alle concessioni (lett. n.)

Un altro punto importante è la previsione di una **disciplina organica della materia delle concessioni**, strumenti importanti e sinora poco utilizzati nel settore dei servizi proprio a causa della frammentarietà della disciplina. L'allargamento alle concessioni del nuovo Codice che scaturirà dall'approvazione del disegno di legge è fondamentale per rendere questi strumenti operativi e diffusi.

2.9 La partecipazione dei portatori di interessi alla programmazione ed all'aggiudicazione (lett. o)

La disciplina della **partecipazione dei portatori qualificati di interessi nei processi decisionali finalizzati alla programmazione e all'aggiudicazione di appalti pubblici e concessioni**, prevista alla lettera o), potrà essere uno degli aspetti più innovativi della nuova disciplina, non solo per rendere trasparenti questi processi, ma soprattutto per rendere effettivo il coinvolgimento delle organizzazioni di rappresentanza e degli altri *stakeholder* nella fase di definizione dei bisogni a cui l'appalto deve rispondere.

Il criterio di delega è evidentemente ispirato al principio di sussidiarietà orizzontale di cui all'articolo 118, comma 4, della Costituzione che prevede che "*Stato, Regioni, Città metropolitane,*

Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà". Auspichiamo che tale partecipazione non sia "eventuale" ma pianificata e continua. In secondo luogo apprezziamo che la partecipazione sia prevista già dalla fase di programmazione, così da permettere in questa fase la proposta di soluzioni adeguate ai bisogni della collettività.

Si ricorda, in ultimo, che nel settore dei servizi sociali le modalità di partecipazioni sono state definite con le previsioni della legge 328 del 2000 coi "Piani di zona" e successivamente specificati dalla legislazione regionale e costituiscono un modello di riferimento che andrebbe effettivamente implementato in tutto il territorio nazionale e non solo a "macchia di leopardo", come è avvenuto sino ad ora.

Occorre infine prevedere appositi criteri di partecipazione delle popolazioni interessate dal processo decisionale finalizzato alla realizzazione delle opere di particolare rilevanza.

2.10 La consultazione delle associazioni di rappresentanza nella fase di attuazione della riforma (art. 1, c. 2)

Si plaude, infine, a quanto previsto in tema di procedimento di esercizio della delega legislativa, laddove è stabilito che *"nell'esercizio della delega (...) e in via preliminare alla redazione dello schema di decreto legislativo, la Presidenza del Consiglio dei ministri coordina, di concerto con il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, lo svolgimento delle consultazioni delle principali categorie di soggetti pubblici e privati destinatari della nuova normativa, previa definizione delle metodologie e delle modalità operative per lo svolgimento di tali consultazioni secondo gli standard internazionali di partecipazione ai processi di regolazione e tenuto conto della disciplina interna dell'analisi dell'impatto della regolamentazione (AIR)".*

Si auspica che la disposizione in esame favorisca e privilegi il contributo delle Associazioni di rappresentanza beninteso nello spirito costruttivo dei principi e delle osservazioni qui formulate.

*

3. I PRINCIPI INNOVATIVI DELLE DIRETTIVE CHE È OPPORTUNO RECEPIRE NELL'ORDINAMENTO

Come evidenziato in premessa, sono molte le disposizioni innovative delle nuove direttive rispetto alle precedenti delle quali si auspica un recepimento fedele alle intenzioni del legislatore comunitario.

3.1 Appalti riservati per l'inserimento lavorativo di persone svantaggiate (articolo 20, par. 1, dir. App.; art. 38, par. 1, dir. Utility; art. 24, dir. Concessioni)

È una delle soluzioni più innovative e felici della direttiva, coerente con i propositi fissati nell'*Iniziativa per l'impresa sociale* avviata nel 2011 dalla Commissione. Si tratta altresì di una disposizione molto significativa per il movimento cooperativo italiano perché disegnata sul modello del primo e più riuscito esempio di impresa sociale in Europa, rappresentato dalle cooperative sociali italiane di cui alla L. 8 novembre 1991, n. 381 (Disciplina delle cooperative sociali).

Ciò posto, in sede di attuazione occorrerà anzitutto precisare che le *cooperative sociali* di cui all'art. 1, lett. b), L. 8 novembre 1991, n. 381, e i loro consorzi, avendo esattamente le medesime caratteristiche previste dalla direttiva, debbano essere qualificate *di diritto "operatori economici il cui scopo principale sia l'integrazione sociale e professionale delle persone con disabilità o svantaggiate"* ovvero imprese con *"almeno il 30% dei lavoratori (...) con disabilità o da lavoratori svantaggiati"*. Nello stesso senso l'ex AVCP, nell'Atto di segnalazione n. 3/2014, dedicato al recepimento delle direttive appalti e concessioni, ha sottolineato che *"all'interno dei nuovi parametri, definiti dalla nuova norma, possono rientrare, pertanto, anche le cooperative sociali di cui all'art. 1, lettera b), della legge n. 8 novembre 1991, n. 381 e s.m.i., senza necessariamente accreditarsi quali laboratori protetti, anche perché la percentuale (fissata al 30%) di persone svantaggiate/disagiate richiesta dalla direttiva coincide perfettamente con quella stabilita nella norma da ultimo richiamata"*.

In secondo luogo, si mette in evidenza che l'art. 20 della direttiva (si come l'analogo articolo 24 della direttiva sulle concessioni) prevede anche la possibilità di riservare il diritto di partecipazione a organizzazioni il cui scopo principale sia l'integrazione sociale e professionale delle persone con disabilità o svantaggiate e in cui almeno il 30% dei lavoratori sia composto da persone con disabilità o svantaggiate. Pertanto, le disposizioni in commento sono distinte da quelle previste dall'articolo 70 (Condizioni di esecuzione dell'appalto) della Direttiva appalti.

La *ratio* di questo articolo, infatti, è illustrata nel considerando 36 della direttiva dove si sottolinea che: *"appare pertanto opportuno prevedere che gli Stati membri possano avere la facoltà di riservare la partecipazione alle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici o di determinati lotti di appalti a tali laboratori o imprese o riservarne l'esecuzione nel contesto di programmi di lavoro protetti"*.

In terzo luogo, è fondamentale che per la nozione di "persona svantaggiata" si prenda a riferimento l'art. 4 della citata legge 8 novembre 1991, n. 381, disposizione che, come abbiamo rilevato, è il modello del riformatore comunitario; di conseguenza dovranno essere considerate "persone svantaggiate" esclusivamente: 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.

3.2 Condizioni di esecuzione dell'appalto (artt. 70-73, dir. App.)

L'intervento sugli istituti giuridici che governano la Fase esecutiva è imposto dalle disposizioni specificamente dedicate dalla Direttiva Appalti (artt. 70-73), di fatto replicate, con i necessari adeguamenti, nella Direttiva Utility (mentre occorrerebbe fare una riflessione diversa in merito alla coerenza e all'adeguatezza delle analoghe norme della Direttiva Concessioni).

Come si può desumere dagli atti a diverso titolo emanati dall'ex Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici e dalla giurisprudenza, la Fase esecutiva ha assai spesso risentito di svariate patologie, relative alla consegna, alle sospensioni (anche "di fatto"), alle varianti e ad altri aspetti dell'esecuzione, riconducibili alla presenza di lacune progettuali e all'impossibilità di immediata eseguibilità dei lavori, che hanno dato luogo a contenziosi anche di notevole importo.

Anche in quest'ambito occorre ribadire che la normativa vigente è sufficientemente dettagliata e coerentemente preordinata alla soddisfazione dell'interesse pubblico e alla tempestiva attività di esecuzione (che costituisce anche la finalità dell'impresa).

Proponendosi quindi di mettere mano anche alla normativa riguardante la Fase Esecutiva, sarebbe lodevole uno sforzo che, anche in una prospettiva di semplificazione, sia in grado di porre in una relazione obbligata e diretta ogni istituto concernente la gestione contrattuale con gli adempimenti che la stazione appaltante avrebbe dovuto realizzare prima di mettere in gara l'intervento.

In tale prospettiva si ritiene quindi che una seria azione di revisione di determinati istituti giuridici, già presenti nella normativa vigente, che valorizzi il concetto di prevedibilità o meno di determinate circostanze, come richiede la Direttiva, e riporti la gestione contrattuale su un piano di maggiore parità delle parti, possa giovare a un risanamento complessivo del settore e del mercato.

In relazione alle condizioni di esecuzione riferite alle clausole sociali rivolte all'inserimento lavorativo di persone svantaggiate si evidenzia che il considerando 98 della Direttiva sottolinea come sia essenziale che i criteri di aggiudicazione o le condizioni di esecuzione dell'appalto riguardanti gli aspetti sociali del processo di produzione favoriscano l'attuazione di misure volte ad assumere un numero di persone svantaggiate superiore a quello stabilito dalla legislazione nazionale.

Il considerando 99 della direttiva sottolinea, infatti, che *“possono essere oggetto dei criteri di aggiudicazione o delle condizioni di esecuzione dell'appalto 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”*.

Tali principi sono peraltro in linea con le recenti iniziative delle autorità comunitarie – a partire dall'*Iniziativa sull'imprenditoria sociale* della Commissione Europea del 2011 – che hanno messo in evidenza il ruolo delle imprese sociali come motore occupazionale in particolare per l'inserimento lavorativo delle fasce deboli del mercato del lavoro, come ad esempio i disabili.

È fondamentale, dunque, che la previsione della direttiva sia inquadrata nel contesto dei criteri di aggiudicazione basati anche sulla qualità del progetto di inserimento lavorativo e dell'impatto sociale generato. Nello stesso senso, l'ex AVCP, nel più volte citato Atto di segnalazione n. 3/2014, sottolinea che: *“è espressamente previsto che il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa possa 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 (art. 67, par. 2, dir. Appalti, art. 82, par. 2, dir. Utilities). Tenuto conto del carattere esemplificativo dell'elenco contenuto agli artt. 67 e 82 citati, si ritiene oltremodo auspicabile che l'effettivo recepimento delle norme in questione sia fortemente informato dal contenuto dei considerando 97 e 99 della direttiva Appalti, 102 e 104 della direttiva Utilities. Analoga considerazione vale per quanto riguarda il recepimento delle disposizioni di cui agli artt. 70, della direttiva Appalti, e 87, della direttiva Utilities, entrambi relativi alle condizioni di esecuzione dell'appalto”*.

3.3 Aggiudicazione degli appalti di servizi sociali e di altri servizi specifici (art. 74 e 76, dir. Appalti; art. 19, dir. Concessioni)

Il Capo I del Titolo III della Dir. 2014/24/UE instaura un regime normativo speciale per i *servizi sociali* e gli altri servizi specifici elencati nell'allegato XIV. Coerentemente, l'art. 4 prevede per i servizi in parola un innalzamento della soglia di rilevanza comunitaria, pari a 750.000 euro in deroga alle soglie ordinarie. Si riconosce, inoltre, la necessità di una maggiore discrezionalità in capo agli Stati membri nel definire le procedure di affidamento e di aggiudicazione, in ragione della centralità che i contesti territoriali assumono nell'organizzazione e gestione di prestazioni sociali, soprattutto se rivolte alla persona. Sono previsioni molto importanti di cui si richiede un pronto recepimento anche in relazione all'architettura istituzionale a livello nazionale che vede la competenza esclusiva delle Regioni in materia di servizi sociali e il ruolo centrale degli enti locali.

In particolare, l'art. 76, paragrafo 1, contempla un'importante implementazione del principio comunitario e costituzionale di sussidiarietà verticale attraverso la semplificazione del regime e le procedure degli affidamenti di servizi sociali, consentendo agli Stati (e, per l'ordinamento italiano, alle Regioni) di determinare previsioni adeguate all'articolazione del sistema di welfare.

Si vuole sottolineare soprattutto l'importanza dell'aspetto qualitativo dei servizi sociali sia nella fase di valutazione, attraverso parametri idonei, sia nell'esecuzione dell'appalto. E' fondamentale che si possano esprimere gli aspetti progettuali innovativi, la conoscenza dei bisogni a cui i servizi intendono rispondere e le soluzioni e le risposte più adeguate.

Si sollecita altresì il recepimento del principio di cui al par. 2 dell'art. 76, adottando *in via generale ed obbligatoria* il criterio dell'offerta che presenta il miglior rapporto qualità/prezzo. Come si è più volte precisato si è fermamente contrari all'uso del prezzo o del costo come unico criterio di aggiudicazione per gli affidamenti di servizi in genere e dei servizi socio sanitari ed educativi in particolare, sì come già previsto dalla normativa nazionale vigente. Si richiede, inoltre, che venga ribadito il divieto (già sussistente nell'ordinamento interno, v. art. 1 della legge 328 del 2000 e D.P.C.M. n. 30 Marzo 2001, art. 4, comma 3 e ampiamente confermato dalla giurisprudenza) di procedere all'affidamento dei servizi sociali con il metodo del *massimo ribasso*.

Beninteso, è bene che tali principi di sistema siano consacrati a livello di legge ordinaria statale, sì da evitare anche il formarsi di una legislazione regionale incerta e contraddittoria (spettando alle Regioni la legislazione in materia di servizi sociali).

3.4 Appalti riservati per determinati servizi (art. 77, dir. Appalti)

Nell'ambito della categoria generale dei servizi sociali, l'art. 77 individua alcuni particolari servizi sanitari, sociali e culturali (indicati attraverso un rinvio ai codici del Vocabolario comune per gli appalti pubblici di cui al Regolamento (CE) n. 213/2008) per i quali è consentito riservare le procedure di aggiudicazione ad organizzazioni che rispondano a specifiche caratteristiche: vale a dire che perseguano una missione di servizio pubblico legata alla prestazione; che reinvestano i profitti al fine di conseguire l'obiettivo dell'organizzazione e, se li distribuiscono, che ciò si basi su considerazioni partecipative; che le strutture di gestione o di proprietà siano basate su principi di azionariato dei dipendenti o partecipativi ovvero richiedano la partecipazione attiva di dipendenti, utenti o soggetti interessati; che l'aggiudicatrice interessata non abbia aggiudicato all'organizzazione un appalto per i servizi in questione negli ultimi tre anni.

In proposito, si esprime il convinto sostegno al recepimento integrale dell'art. 77, possibilmente conservando lo spirito e la lettera della disposizione comunitaria, sufficientemente chiara ed anche per questo significativamente innovativa.

Andrebbe chiarito che in questa previsione rientrano "di diritto" le cooperative sociali ex art. 1, lett. a), L. 381/1991, in quanto esse possiedono tutte le caratteristiche soggettive previste dalla fattispecie in oggetto, poiché:

- perseguono una missione di servizio pubblico (avendo una missione di interesse generale);
- sono organizzazioni mutualistiche, senza scopo di lucro ed Onlus "di diritto";
- in quanto cooperative, sono strutture di gestione e proprietà basate sui principi dell'"azionariato dei dipendenti" (v. soci lavoratori ex legge 142/2001) e della partecipazione attiva di utenti e altri *stakeholder* (in particolare attraverso la figura del socio fruitore, del socio volontario e del socio persona giuridica, previsti rispettivamente agli artt. 2 e 11 della legge 381/1991).