



Rivista di diritto amministrativo

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Diretta da

Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei

Direttore Responsabile

Marco Cardilli

Coordinamento Editoriale

Luigi Ferrara, Giuseppe Egidio Iacovino,
Carlo Rizzo, Francesco Rota, Valerio Sarcone

FASCICOLO N. 3-4/2018

estratto

Registrata nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009

ISSN 2036-7821

Comitato scientifico

Salvatore Bonfiglio, Gianfranco D'Alessio, Gianluca Gardini, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Angelo Piazza, Alessandra Pioggia, Antonio Uricchio, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Annamaria Angiuli, Helene Puliat, J. Sánchez-Mesa Martínez, Andry Matilla Correa.

Comitato dei referee

Gaetano Caputi, Marilena Rispoli, Luca Perfetti, Giuseppe Bettoni, Pier Paolo Forte, Ruggiero di Pace, Enrico Carloni, Stefano Gattamelata, Simonetta Pasqua, Guido Clemente di San Luca, Francesco Cardarelli, Anna Corrado, Fabrizio Cerioni, Gaetano Natullo, Paola Saracini, Mario Cerbone, Margherita Interlandi, Bruno Mercurio, Giuseppe Doria, Salvatore Villani.

Comitato dei Garanti

Domenico Mutino, Mauro Orefice, Stefano Toschei, Giancarlo Laurini, Angelo Mari, Gerardo Mastrandrea, Germana Panzironi, Maurizio Greco, Filippo Patroni Griffi, Vincenzo Schioppa, Michel Sciascia, Raffaello Sestini, Leonardo Spagnoletti, Giuseppe Staglianò, Alfredo Storto, Alessandro Tomassetti, Italo Volpe.

Comitato editoriale

Laura Albano, Daniela Bolognino, Caterina Bova, Sergio Contessa, Ambrogio De Siano, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Laura Letizia, Massimo Pellingra, Stenio Salzano, Francesco Soluri, Giuliano Taglianetti, Marco Tartaglione, Stefania Terracciano.

Clausole sociali e responsabilità sociale dell'impresa nei contratti pubblici tra diritto interno, europeo e globale

di Luigi Ferrara*

Sommario

1. – Premessa. Le ragioni e l'oggetto dell'indagine. – 2. Le clausole sociali nel diritto europeo. – 3. La disciplina nazionale. Il perseguimento della «stabilità occupazionale» e l'applicazione dei contratti collettivi nella giurisprudenza costituzionale e amministrativa. – 3.1. L'obbligo di apposizione delle clausole e le fattispecie di integrazione. – 3.2. La nozione di «alta intensità di manodopera» ed il criterio di aggiudicazione. – 4. Le prospettive future di riforma: La Comunicazione della Commissione COM(2017)572 e le nuove linee guida dell'ANAC. – 5. Territori socialmente responsabili e clausole sociali nel diritto amministrativo globale.

Abstract

Il contributo ha ad oggetto le cd. «clausole sociali» nelle direttive europee e nel nuovo Codice dei Contratti pubblici. Nell'ambito della predisposizione dei documenti di gara, l'inserimento di clausole sociali nei contratti d'appalto è una tecnica tradizionalmente usata per promuovere l'applicazione di condizioni di lavoro coerenti con i minimi salariali definiti per i contratti collettivi nazionali e per promuovere le imprese socialmente responsabili nel mercato dei lavori e dei servizi per la pubblica amministrazione. Come per altri istituti giuridici spesso accumulati - come le clausole ambientali nell'ambito del *green public procurement* e i sistemi di rendicontazione sociale della c.d. «responsabilità sociale dell'impresa» - la *ratio* di queste fattispecie è da annoverarsi nella promozione di esternalità positive mediante l'apposizione nei congegni negoziali di clausole di disciplina di oneri, doveri o obblighi non immediatamente funzionali al soddisfacimento delle pretese creditorie principali reciproche delle parti del rapporto negoziale, ma alla protezione o al riconoscimento di diritti e interessi sociali di terzi *stakeholders* (cittadini, lavoratori, consumatori). Il contributo muove dalla disciplina europea e nazionale, anche alla luce dall'avvio delle consultazioni pubbliche da parte sia della Commissione in Europa sia dell'ANAC in Italia per la riforma del sistema, concludendo con una prospettiva di «diritto amministrativo globale».

1. Premessa. Le ragioni e l'oggetto dell'indagine

Nell'ambito della predisposizione dei documenti di gara, l'inserimento di clausole sociali nei contratti d'appalto è una tecnica tradizionalmente usata per promuovere l'applicazione di condizioni di lavoro coerenti con i minimi salariali definiti per i contratti collettivi nazionali e per promuovere le imprese socialmente responsabili nel mercato dei lavori e dei servizi per la pubblica amministrazione. Come per altri istituti giuridici spesso accumulati - come le clausole ambientali nell'ambito del *green public procurement*¹ e i sistemi di rendicontazione sociale della c.d. «responsabilità sociale

dell'impresa»² - la *ratio* di queste fattispecie è da annoverarsi nella promozione di esternalità positive mediante l'apposizione nei congegni negoziali di clausole di disciplina di oneri, doveri o obblighi non immediatamente funzionali al soddisfacimento delle pretese creditorie principali reciproche delle parti del rapporto negoziale, ma alla protezione o al riconoscimento di diritti e interessi sociali di terzi *stakeholders* (cittadini, lavoratori, consumatori). In tal senso, le disposizioni contenute nel nuovo Codice dei Contratti pubblici, d.lgs. n. 50 del 18.04.2016, sembrano inserirsi nel solco del nostro portato costituzionale in tema di indirizzo pubblico dell'economia per la realizzazione di fini sociali,

* Ricercatore di Diritto Amministrativo, Università degli Studi di Napoli Federico II. Il contributo è stato sottoposto a *blind peer review*.

¹ Come è stato osservato, il rilievo delle clausole ambientali nei contratti pubblici muove dalla Comunicazione interpretativa della Commissione europea C-333/2001. Successivamente, con due importanti pronunce della Corte di Giustizia, la n. C-513/1999 del 17.09.2002 e la n. C-368/10 del 10.05.2012, vengono definiti i caratteri delle le cd. «clausole ecologiche» che, seppure per larghi tratti lasciate alla discrezionalità della stazione appaltante, incontrano due limiti fondamentali all'utilizzo nella «appropriatezza» e nella «pertinenza». Il primo criterio declina in buona sostanza il principio di proporzionalità della clausola ecologica, nel senso che questa non potrà essere eccessivamente onerosa per l'operatore economico che partecipa alla gara. In tal senso un appalto di entità economica modesta non potrà richiedere il possesso di certificazioni ambientali o di soluzioni progettuali i cui costi risultano così elevati da rendere la relativa partecipazione alla gara antieconomica. La pertinenza attiene al collegamento funzionale all'oggetto dell'appalto, così da poterne comprendere la reale incidenza sulla qualità dell'offerta presentata. Sul *green public procurement*, cfr., tra i più recenti, C. VIVANI, *Appalti sostenibili, "green public procurement" e "socially responsible public procurement"*, in *Urbanistica e appalti*, 2016, 8-9, pp. 993-1000; S. VILLAMENA, *Codice dei contratti pubblici 2016. Nuovo lessico ambientale, clausole ecologiche, sostenibilità, economicità*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2017, 3/2, pp. 101-112; C. FELIZIANI, *I "nuovi" appalti verdi: un primo passo verso un'economia circolare?*, in *Il Diritto dell'economia*, 2017, 2, p. 349-378.

² Sul tema della RSI occorre menzionare le Risoluzioni del Parlamento Europeo del 13 marzo 2003², del 14 marzo e del 6 luglio 2006 e la Comunicazione della Commissione Europea del 22 marzo 2006 in tema di responsabilità sociale dell'impresa (COM (2006)136). Nel quadro di uno sviluppo economico e sociale competitivo e sostenibile, «l'impresa assume la connotazione di una comunità che genera ricchezza per lo sviluppo di una società migliore, nel territorio» e concorre alla realizzazione, cooperando con le istituzioni politiche regionali e locali, di un «territorio socialmente responsabile» (TSR), ovvero all'«individuazione delle responsabilità delle imprese, delle amministrazioni, delle parti sociali e di tutti i soggetti coinvolti nella valorizzazione della competitività del territorio, orientato verso un modello sociale europeo dinamico, solidale e coeso»: l'implementazione volontaria degli standard di audit sociale della RSI nel contesto del TSR viene così collegata ai diversi strumenti di incentivazione, *in primis* quelli consensuali. Per altro verso, se da un lato viene ribadito che la RSI debba continuare a configurarsi strumento essenzialmente volontario, dall'altro l'ordinamento europeo aderisce ai principi dell'ONU e dell'OCSE concernenti le imprese multinazionali, la politica sociale e gli investimenti socialmente responsabili, che collegano gli incentivi commerciali al rispetto dei principi della RSI. Sulla responsabilità sociale dell'impresa, cfr. G. DE FERRA, *La responsabilità sociale dell'impresa*, in *Riv. delle società*, 2008, p. 349; G. CONTE (a cura di), *La responsabilità sociale dell'impresa*, Laterza, Bari, 2008; M. LIBERTINI, *Impresa e finalità sociali. Riflessioni sulla teoria della responsabilità sociale dell'impresa*, in *Riv. delle società*, 2009, p. 1; D. RUSO, *La promozione della responsabilità sociale d'impresa nell'Unione Europea*, in *Dir.Un.Eur.*, 2011, p. 477.

rispetto al quale la dottrina ha individuato nelle direttive appalti del 2014 una rafforzata prospettiva di armonizzazione³.

L'art. 50 del d.lgs. n. 50/2016 disciplina l'inserimento di clausole sociali di riassorbimento occupazionale nei bandi di gara e negli avvisi. Le clausole sociali sono state oggetto specifico dei criteri di delega di cui all'art. 1, c. 1, lettere ddd), fff) e ggg), l. 28.1.2016, n. 11⁴.

³ In questa prospettiva, cfr. G. PALMA, *I contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture dalla tradizionale cultura contabilistica (-finanziaria) all'attuale disciplina del Codice sugli appalti alla luce della normazione costituzionale sull'attività economica (art., 41, 3° Cost.) e la corrispondente competenza funzionale della Autorità Nazionale Anticorruzione*, in *Federalismi.it*, 2017, p. 1.

⁴ La lettera ddd) contemplava 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"; la lettera fff) "una disciplina specifica per gli appalti pubblici di servizi, diversi da quelli aventi natura intellettuale, con particolare riguardo a quelli ad alta intensità di manodopera, definiti come quelli nei quali il costo della manodopera è pari almeno al 50 per cento dell'importo totale del contratto, prevedendo l'introduzione di «clausole sociali» volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato, prendendo a riferimento, per ciascun comparto merceologico o di attività, il contratto collettivo nazionale di lavoro che presenta le migliori condizioni per i lavoratori ed escludendo espressamente il ricorso al solo criterio di aggiudicazione del prezzo o del costo, inteso come criterio del prezzo più basso o del massimo ribasso d'asta, comunque nel rispetto del diritto dell'Unione europea"; la lettera ggg) una "disciplina specifica per gli appalti pubblici di lavori e servizi che introduca clausole sociali volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato e stabilisca che i contratti collettivi nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni devono intendersi quelli stipulati dalle associazioni dei datori e dei prestatori di

In particolare, viene stabilito l'obbligo che i bandi di gara, gli avvisi e gli inviti prevedano (con particolare riguardo ai servizi ad alta intensità di manodopera, cioè con costo della manodopera pari almeno al 50% dell'importo totale del contratto) l'inserimento di specifiche clausole sociali volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato, prevedendo l'applicazione, da parte dell'aggiudicatario, dei contratti collettivi di settore di cui all'art. 51, d.lgs. 15.6.2015, n. 81. Tale norma stabilisce che per contratti collettivi si intendono i contratti collettivi nazionali, territoriali o aziendali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e i contratti collettivi aziendali stipulati dalle loro rappresentanze sindacali aziendali ovvero dalla rappresentanza sindacale unitaria, prendendo a riferimento, per ciascun comparto merceologico o di attività, il contratto collettivo nazionale di lavoro che presenta le migliori condizioni per i lavoratori, e quelli il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa, anche in maniera prevalente. In casi molto limitati, precisati dalla giurisprudenza, queste clausole sono state ammesse come vere e proprie clausole sociali di riassorbimento occupazionale, compatibilmente con il diritto europeo e con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità. Le stazioni appaltanti indicano, pertanto, nel bando di gara, nell'avviso o nell'invito, i criteri premiali che intendono applicare alla valutazione dell'offerta, agli operatori economici che, in caso di aggiudicazione, si impegnino, per l'esecuzione dell'appalto, a utilizzare anche in

lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e quelli il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto e svolta dall'impresa, anche in maniera prevalente".

parte manodopera o personale a livello locale, nel rispetto del diritto dell'Unione europea, ovvero, in via prioritaria gli addetti già impiegati nel medesimo appalto. Le stazioni appaltanti che prevedono condizioni sociali possono darne comunicazione all'ANAC, che si pronuncia entro trenta giorni sulla compatibilità di dette clausole con il diritto dell'Unione europea. Decorso tale termine, il bando può essere pubblicato e gli inviti possono essere spediti⁵.

2. Le clausole sociali nel diritto europeo

Il diritto europeo ha da sempre posto limiti all'ammissibilità delle clausole sociali⁶. Strutturalmente, infatti, le clausole sociali, pur se rispondenti a finalità di protezione sociale rispondenti agli obiettivi dell'Unione, possono produrre effetti restrittivi della libera concorrenza tra le imprese (art. 101 ss. TFUE) e della libera circolazione di queste nell'offrire in Stati diversi da quello di stabilimento (art. 56 ss. TFUE). Le condizioni di equilibrio tra libertà economiche e obiettivi di protezione sociale sono state a lungo indagate dalla Corte di Giustizia. La giurisprudenza della Corte ha sempre affermato in linea di principio l'ammissibilità di tali clausole negli appalti pubblici, ma ne ha

subordinato la previsione nei bandi a specifici e stringenti requisiti⁷:

- a) gli oneri con finalità sociale di cui è gravato l'aggiudicatario debbono essere chiaramente indicati nel bando di gara in modo che siano facilmente riconoscibili dai soggetti interessati⁸;
- b) gli obblighi imposti dalle clausole sociali debbono essere adeguatamente specifici e obiettivamente quantificabili, in quanto non possono conferire all'amministrazione aggiudicatrice in modo da non estendere in maniera arbitraria i poteri della stazione appaltante in sede di valutazione⁹;
- c) tali clausole sociali debbono essere connesse all'oggetto dell'appalto¹⁰;
- d) la condizione di ammissibilità più rilevante è la compatibilità con le libertà fondamentali di circolazione garantite dai Trattati europei. La Corte è stata chiamata a pronunciarsi sulla ammissibilità di discipline nazionali e di clausole dei bandi che impongono ai concorrenti provenienti da altri Stati membri (ma non stabiliti nello Stato in cui deve essere eseguito l'appalto) il rispetto delle condizioni di lavoro e di retribuzione previste negli ordinamenti dei paesi di esecuzione dei contratti, soprattutto a seguito dell'adozione della dir. 96/71/CE, che precisa che in un nucleo essenziale di garanzie il diritto del lavoro dello Stato deve necessariamente trovare applicazione nei confronti di tutti i lavoratori che a qualsiasi titolo, anche temporaneamente e solo per la durata dell'esecuzione dell'appalto, prestano la loro attività nel territo-

⁵ Sul tema delle clausole sociali, tra i più recenti, cfr. M. FORLIVESI, *Sulle clausole sociali di equo trattamento nel nuovo codice degli appalti pubblici*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2017, 4/2, pp. 686-694; B. CAPONETTI, *Diritti sociali e trattati commerciali di libero scambio*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 2017, 1, pp. 71-94; S. BIANCARDI, *La clausola sociale negli appalti di servizi e forniture dopo il "decreto correttivo": la corretta formulazione della clausola sociale da inserire nei capitolati d'appalto*, in *Appalti e contratti*, 2017, 7-8, pp. 35-43.

⁶ Per un complessivo inquadramento, cfr. di recente A. SANCHEZ-GRAELLS, *Regulatory Substitution Between Labour and Public Procurement Law: The EU's Shifting Approach to Enforcing Labour Standards in Public Contracts*, in *European Public Law*, 24, 2, 2018, pp. 229-254.

⁷ Cfr. M. PALLINI, *Diritto europeo e limiti di ammissibilità delle clausole sociali nella regolazione nazionale degli appalti pubblici di opere e servizi*, in *DLRI*, 2016, 38.151, p. 525

⁸ Cfr. in tal senso CGUE, in cause C-31/87, *Beentjes*; C-324/93, *The Queen*; C-225/98, *Commissione v Francia*; C-513/99, *Concordia Bus*.

⁹ Cfr. CGUE, in cause C-513/99, *Concordia Bus*; C-448/01, *Wienstrom*.

¹⁰ Ancora CGUE, in cause C-513/99, *Concordia Bus*; C-448/01, *Wienstrom*.

rio dello Stato di esecuzione dell'appalto. A partire dalla pronuncia *Laval* del 18.12.2007, la Corte di giustizia ha qualificato questo «nucleo minimo» in termini molto restrittivi¹¹. Pertanto, gli Stati membri non possono subordinare l'aggiudicazione di appalti di servizi nel loro territorio al rispetto di condizioni di lavoro e di occupazione «che vadano al di là delle norme imperative di protezione minima»¹².

Dopo il Trattato di Lisbona, a seguito della forte affermazione, ai sensi dell'art. 9 TFUE, dell'obiettivo della promozione di un elevato livello di occupazione e la garanzia di un'adeguata protezione sociale, l'orientamento giurisprudenziale muta, ampliando il catalogo delle garanzie minime¹³. Il tema è ripreso, poi, nella *Comunicazione interpretativa della commissione sul diritto comunitario degli appalti pubblici e le possibilità di integrare aspetti sociali negli appalti pubblici* del 15.10.2001¹⁴ che al punto II sugli *Appalti pubblici che non sono oggetto delle direttive* esplicitamente ammette la possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di definire e applicare criteri sociali di selezione e di aggiudicazione riservando, per esempio, alcuni appalti a favore dei disabili e dei c.d. laboratori protetti. La riserva descritta, tuttavia, non può derogare ai principi generali del Trattato, sicché l'adozione di siffatti criteri dovrà essere oggetto di una trasparenza appropriata e dovrà rispettare la parità di trattamento degli offerenti, evitando la discriminazione nei confronti di quelli provenienti da altri Stati membri. Nella stessa Comunicazione, peraltro, a proposito degli *Appalti oggetto delle direttive sugli appalti pubblici*, dopo aver chiarito che l'accertamento dell'idoneità degli offerenti o dei candidati a

partecipare ad appalti o a presentare offerte deve avvenire esclusivamente sulla base dei criteri di selezione qualitativa tassativamente imposti dalle direttive (ovvero sulla base della capacità tecnica, economica e finanziaria: punto 1.3), la Commissione ammette il c.d. "criterio addizionale" ovvero la possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di dare rilievo ad un criterio sociale, purché esso rispetti tutti i principi fondamentali di diritto comunitario e soltanto ove ci si trovi di fronte a due, o più, offerte economicamente equivalenti (punto 1.4.2). Il perseguimento di obiettivi sociali può, dunque, trovare esplicito accoglimento anche nella fase di esecuzione dell'appalto (punto 1.6) a condizione che le relative clausole rispettino pienamente le norme procedurali delle direttive, ovvero siano indipendenti dalla valutazione della capacità dell'offerente di eseguire i lavori ovvero dalla valutazione dei criteri di aggiudicazione e, soprattutto, che siano menzionate nel bando di gara, onde consentire a tutti i candidati od offerenti di venirne a conoscenza. Il mutamento di orientamento della giurisprudenza della Corte ha potuto fondarsi sul secondo «Considerando» della Direttiva che prevede un utilizzo delle procedure di gara «per sostenere il conseguimento di obiettivi condivisi a valenza sociale» e sull'art. 26, dir. 18/2004/UE e, in seguito, l'art. 18, c. 2, dir. 24/2014/UE, che prevede che gli Stati membri adottino «*misure adeguate per garantire che gli operatori economici, nell'esecuzione di appalti pubblici, rispettino gli obblighi applicabili in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dal diritto dell'Unione, dal diritto nazionale, da contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro*».

3. La disciplina nazionale. Il perseguimento della «stabilità occupazionale» e la applica-

¹¹ CGUE, in cause C-341/05, *Laval*; C-438/05, *Viking*; C-319/06, *Commissione c. Lussemburgo*; C-346/2006, *Rüffert*.

¹² Cfr. ancora M. PALLINI, *op.cit.*, p. 525.

¹³ CGUE in causa C-115/14 del 17.11.2015, *RegioPost GmbH*.

¹⁴ COM(2001) 566 def.

zione dei contratti collettivi nella giurisprudenza costituzionale e amministrativa

Sin dagli anni '70, l'ordinamento italiano ha precluso ogni competizione sulle condizioni e sul costo unitario del lavoro tra le imprese partecipanti alle gare di appalto di opere pubbliche o di concessione di servizi. Il rispetto delle condizioni dettate dal contratto collettivo di categoria è stato a tal fine imposto come condizione di aggiudicazione della gara, ai sensi dell'art. 36 dello Statuto dei lavoratori (come integrato dalla sentenza della C Cost. 19.6.1998, n. 226) e poi riaffermato dall'art. 118, c. 6 del vecchio codice (d.lgs. 12.4.2006, n. 163), secondo cui: «l'affidatario è tenuto ad osservare integralmente il trattamento economico e normativo stabilito dai contratti collettivi nazionali e territoriali in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni». La disposizione è poi stata riportata nel nuovo codice all'art. 30, c. 4¹⁵. Il comma 1 dell'art. 30 prevede che il principio di economicità possa essere subordinato, nei limiti in cui è espressamente consentito dalle norme vigenti, ai criteri, previsti nel bando, "ispirati a esigenze sociali". In ordine all'adesione alla contrattazione collettiva, la giurisprudenza italiana ha costantemente affermato che tale vincolo non si pone in contrasto con la libertà sindacale negativa garantita dall'art. 39 Cost. anche alla parte datoriale, giacché queste previsioni normative debbono essere interpretate nel senso che non impongono alle imprese di aderire ad un sistema di contrattazione collettiva, ma soltanto di osservare la regolazione dei rapporti di lavoro dettata dal contratto collettivo di categoria, almeno per la durata dei rapporti contrattuali con la stazione appaltante¹⁶. Una delle questioni più controverse, è relativa all'utilizzo della clausola sociale

come «clausola sociale di assorbimento» occupazionale. La «clausola sociale di assorbimento» è un istituto che opera nella ipotesi di cessazione d'appalto e subentro di imprese o società appaltatrici e risponde all'esigenza di assicurare la continuità del servizio e dell'occupazione, nel caso di discontinuità dell'affidatario.

Già contenuta nell'art. 26, r.d. 8.1.1931, n. 148 ("Coordinamento delle norme sulla disciplina giuridica dei contratti collettivi del lavoro con quelle del trattamento giuridico-economico del personale delle ferrovie, tranvie e linee di navigazione interna in regime di concessione"), tale "clausola" non solo è stabilita dalla contrattazione collettiva ed è riconosciuta in sede giurisprudenziale, ma è anche prevista in specifiche disposizioni legislative statali: per esempio l'art. 63, c. 4, d.lgs. 13.4.1999, n. 112 ("Riordino del servizio nazionale della riscossione, in attuazione della delega prevista dalla legge 28 settembre 1998, n. 337"), l'art. 29, c. 3, d.lgs. 10.9.2003, n. 276 recante "Attuazione delle deleghe in materia di occupazione e mercato del lavoro, di cui alla legge 14 febbraio 2003, n. 30", e, con riferimento ai contratti delle pubbliche amministrazioni, l'art. 69 del vecchio codice del 2006.

La giurisprudenza amministrativa ha escluso che la "clausola sociale" possa comportare in forma automatica e generalizzata l'obbligo di assunzione del personale uscente, dovendo essa essere armonizzata con la libertà di organizzazione dell'imprenditore¹⁷. Dello stesso avviso i pareri ANAC che hanno evidenziato che la "clausola sociale" deve solo comportare priorità nell'assorbimento del personale uscente, mentre non può comportare obbligo di integrale assorbimento (pareri n. 41/2013 e 40/2014).

¹⁵ Cfr. PALLINI, *op.cit.*, p. 525.

¹⁶ Cfr. Cass.civ., 8860/2014; C. Stato, III, n. 174/2015.

¹⁷ Cfr. C. Stato, III, n. 5598/2015; C Stato IV, n. 2433/2016.

Lo stato della interpretazione giurisprudenziale, può essere così sintetizzato¹⁸:

(a) «la c.d. clausola sociale deve essere interpretata conformemente ai principi nazionali e comunitari in materia di libertà di iniziativa imprenditoriale e di concorrenza, risultando, altrimenti, essa lesiva della concorrenza, scoraggiando la partecipazione alla gara e limitando ultroneamente la platea dei partecipanti, nonché atta a ledere la libertà d'impresa, riconosciuta e garantita dall'art. 41 della Costituzione, che sta a fondamento dell'autogoverno dei fattori di produzione e dell'autonomia di gestione propria dell'archetipo del contratto di appalto, sicché tale clausola deve essere interpretata in modo da non limitare la libertà di iniziativa economica e, comunque, evitando di attribuirle un effetto automaticamente e rigidamente escludente»¹⁹;

(b) conseguentemente, «l'obbligo di riassorbimento dei lavoratori alle dipendenze dell'appaltatore uscente, nello stesso posto di lavoro e nel contesto dello stesso appalto, deve essere armonizzato e reso compatibile con l'organizzazione di impresa prescelta dall'imprenditore subentrante; i lavoratori, che non trovano spazio nell'organigramma dell'appaltatore subentrante e che non vengano ulteriormente impiegati dall'appaltatore uscente in altri settori, sono destinatari delle misure legislative in materia di ammortizzatori sociali»²⁰;

(c) «la clausola non comporta invece alcun obbligo per l'impresa aggiudicataria di un appalto pubblico di assumere a tempo indeterminato ed in forma automatica e generalizzata il personale

già utilizzato dalla precedente impresa o società affidataria»²¹.

Tale conclusione non cambia anche tenendo conto dell'art. 18, c. 2, dir. 24/2014/UE. Si tratta di previsioni di sicura importanza e tali da trovare esplicitazione anche nella "clausola sociale" qui esaminata, tuttavia senza che le stesse arrivino a giustificare o imporre una clausola sociale di tenore forte, che impone l'obbligo rigido di riassunzione. Secondo la giurisprudenza amministrativa, l'art. 50, d.lgs. n. 50/2016 contiene sì la specifica previsione del "possibile" inserimento nei bandi di gara della suddetta clausola, affermando che essa mira a "promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato", ma "nel rispetto dei principi dell'Unione Europea". Si tratta di disciplina normativa che non innova, ed anzi sussume nel testo di legge i risultati cui era giunta la giurisprudenza, giacché la "stabilità occupazionale", che è sicuramente un obiettivo normativo importante e un valore ordinamentale, deve essere "promossa" e non rigidamente imposta e comunque deve essere armonizzata con i principi europei della libera concorrenza e della libertà d'impresa, così da escludere un rigido obbligo di garanzia necessaria della stabilità, pur in presenza di variato ambito oggettivo del servizio a gara²². Il principio guida è, quindi, che la clausola di salvaguardia dei livelli occupazionali non si trasformi, da elemento afferente all'esecuzione dell'appalto, in un elemento tendenzialmente preclusivo della partecipazione²³.

Tale clausola è spesso presente nella legislazione regionale, dove a volte non si limita a prevedere il mantenimento in servizio di personale già assunto, ma stabilisce in modo automatico e generalizzato l'«assunzione a tempo indeterminato» del personale già «utilizzato» dalla pre-

¹⁸ Cfr. C. Stato, III, 5.5.2017, n. 2078; TAR Toscana, III, 13.2.2017, n. 231.

¹⁹ Cfr. C. Stato VI, n. 5890/2014.

²⁰ Cfr. C. Stato, III, n. 5598/2015.

²¹ In tal senso, cfr. C. Stato, III, n. 1896/2013.

²² Cfr. TAR Toscana, III, 13.2.2017, n. 231.

²³ Cfr. TAR Reggio Calabria, 15.3.2017, n. 209.

cedente impresa o società affidataria dell'appalto. Secondo la Corte Costituzionale, le norme delle leggi regionali che dovessero prevedere l'assunzione a tempo indeterminato anziché l'utilizzo del personale della precedente impresa o società affidataria dell'appalto, provocherebbero una violazione dell'art. 97 Cost., sotto il profilo della «imparzialità dell'azione amministrativa e uniformità della stessa sul territorio nazionale», nonché sotto il profilo del buon andamento. «Tale violazione si determina sia per l'assenza di criteri di trasparenza, pubblicità e imparzialità per il reclutamento di personale, sia perché il maggior onere derivante dall'obbligo posto all'affidatario di assumere «a tempo indeterminato» il personale già utilizzato si riflette - anche nel caso di imprese o società affidatarie dell'appalto interamente private - sui principi di legalità e di buon andamento della pubblica amministrazione affidante in termini di non conformità alle disposizioni sulla «clausola sociale», di minore apertura dei servizi alla concorrenza e di maggiori costi, considerato che l'obbligo eccede i limiti temporali dell'affidamento del servizio»²⁴. Riassumendo, «la clausola sociale, la quale prevede, secondo numerose disposizioni, "l'acquisizione del personale già impiegato nell'appalto a seguito di subentro di un nuovo appaltatore, in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro, o di clausola del contratto d'appalto", (così l'art. dell'art. 29, comma 3, del d.lgs. 276/2003, ma altrettanto rilevanti sono la generale previsione dell'art. 69, comma 1, del d.lgs. 163/2006 e quella dell'art. 63, comma 4, del d.lgs. n. 112/1999), perseguendo la prioritaria finalità di garantire la continuità dell'occupazione in favore dei medesimi lavoratori già impiegati dall'impresa uscente nell'esecuzione dell'appalto, è costituzionalmente legittima,

quale forma di tutela occupazionale ed espressione del diritto al lavoro (art. 35 Cost.), se si contempera con l'organigramma dell'appaltatore subentrante e con le sue strategie aziendali, frutto, a loro volta, di quella libertà di impresa pure tutelata dall'art. 41 Cost.»²⁵. Quindi, deve essere qualificata illegittima la *lex specialis* di una gara di appalto nella parte in cui preveda una clausola sociale che, per come è formulata, non si limiti ad assicurare i livelli occupazionali, ma si traduca in una vera e propria *sostituzione indebita nella struttura organizzativa* e nelle scelte imprenditoriali degli operatori economici, imponendo la tipologia di contratto di lavoro da stipulare, in senso contrario alla libertà d'impresa e di organizzazione imprenditoriale²⁶.

3.1. L'obbligo di apposizione delle clausole e le fattispecie di integrazione

L'art. 50 del Codice dei Contratti prevede, in particolare, «l'inserimento» della clausola sociale nei bandi, avvisi ed inviti con particolare riguardo ai contratti ad alta intensità di manodopera. A seguito della modifica apportata dall'art. 33 del Correttivo (d.lgs. 19.4.2017, n. 56), la disposizione in commento mira a stabilire l'obbligatorietà, in luogo della mera facoltatività, dell'inserimento delle clausole sociali nei bandi di gara e negli avvisi. Al vaglio della giurisprudenza sono state sottoposte diverse fattispecie di eterointegrazione delle clausole sociali in assenza di espressa previsione del bando. La questione è innanzitutto stata sottoposta alla attenzione dell'Adunanza Plenaria: si trattava di verificare la legittimità della clausola sotto il profilo della previsione della stessa nella "lettera" di invito e non nel bando. Nell'ambito di una procedura ristretta, il Giudice non ravvisa-

²⁴ Cfr. C Cost., 3.3.2011, n. 68.

²⁵ Cfr. C Stato, III, 9.12.2015, n. 5598. Più di recente, C. Stato, V, 17.01.2018, n. 272.

²⁶ TAR Lombardia, VI, 06.04.2018, n. 963.

va contrasto fra bando (finalizzata alla prequalificazione delle imprese) e lettera di invito, dovendo qualificarsi la ricordata clausola sociale non come requisito di partecipazione, ma come modalità di esecuzione del servizio: modalità indicata in tempo utile - in via integrativa del bando - affinché le imprese potessero valutare, senza alcuna lesione della "par condicio", la convenienza dell'offerta da presentare. «Il carattere non invalidante di tale integrazione corrisponde, peraltro, a ragioni di economia procedimentale, in quanto l'integrazione del bando presupporrebbe l'inutile azzeramento dell'intera procedura, anziché il completamento della stessa in una fase, antecedente alla presentazione delle offerte, in cui l'integrazione del bando - non implicante alcun contrasto con il contenuto del medesimo - doveva considerarsi legittimamente effettuabile»²⁷.

A fronte di valori di particolare interesse sociale, è consentita quindi l'automatica integrazione delle disposizioni del bando di gara. L'obbiettivo di alto valore sociale perseguito dalla legge viene in rilievo come valore in sé, che trova fondamento in un parametro costituzionale a prescindere dalla *lex specialis*, che non può condurre l'amministrazione a ritenersi esonerata dall'osservanza di dettati positivi e costituzionali, con conseguente integrazione del bando *ope legis*²⁸. L'eterointegrazione di clausole sociali od ambientali è stata poi ammessa nell'ambito di strategie d'acquisto sostenibile che risultano più facilmente perseguibili nel caso di acquisti pubblici aggregati. L'AVCP ha ritenuto legittimo un protocollo d'intesa stipulato tra diversi enti e 17 cooperative sociali che prevedeva, per una quota indicativa dell'otto per cento dell'importo delle forniture di beni e servizi che si programmava di acquisire, l'utilizzo

di clausole sociali che indicavano, tra le condizioni di esecuzione dell'appalto, l'obbligo di eseguire il contratto con l'impiego di persone svantaggiate (invalidi fisici, psichici e sensoriali, ex degenti di istituti psichiatrici, anche giudiziari, soggetti in trattamento psichiatrico, tossicodipendenti, alcolisti, minori in età lavorativa in situazioni di difficoltà familiare, persone detenute o internate negli istituti penitenziari, condannati e gli internati ammessi alle misure alternative alla detenzione) e con l'adozione di specifici programmi di recupero e inserimento lavorativo, così come previsto *ex art.* 5, l. n. 381/1991. L'AVCP ha ritenuto che il protocollo in questione fosse legittimo in quanto non operava alcuna discriminazione tra operatori economici. In particolare, viene osservato che con l'inserimento delle suddette clausole sociali la stazione appaltante non ha limitato la concorrenza a favore esclusivamente delle cooperative sociali, consentendo la partecipazione alla gara anche a tutti quei soggetti comunque in grado di soddisfare le prescritte condizioni di esecuzione²⁹.

3.2. La nozione di «alta intensità di manodopera» ed il criterio di aggiudicazione

Ai sensi dell'art. 95 del nuovo codice, il comma 3 impone l'obbligo di procedere secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa per i servizi ad alta intensità di manodopera, come definiti dalla disposizione in commento; il comma 4 prevede invece, quale ipotesi subordinata, la facoltà per la stazione appaltante del ricorso al criterio del massimo ribasso per i servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato e per i servizi e le forniture di importo inferiore alla soglia di cui all'art. 35, caratteriz-

²⁷ Cfr. C. Stato, Ad.Plen. 6.8.2013, n. 19.

²⁸ Cfr. C. Stato, V, 19.6.2009, n. 4028; C. Stato, V, 24.1.2007, n. 256.

²⁹ Cfr. AVCP, Parere sulla normativa 10.3.2011, n. AG 6/11; di analogo tenore, AVCP, Parere sulla normativa 4.4.2012, n. AG 7/12.

zati da elevata ripetitività, fatta eccezione per quelli di notevole contenuto tecnologico o che hanno un carattere innovativo. Per la corretta ricostruzione delle modalità di determinazione dei criteri di valutazione da parte della stazione appaltante, oggi non può non farsi riferimento alle Linee Guida n. 2, di attuazione del d.lgs. 18.4.2016, n. 50, recanti "Offerta economicamente più vantaggiosa" elaborate dall'ANAC³⁰. La giurisprudenza si è interrogata sul coordinamento delle disposizioni dei commi 3 e 4 in ordine ai contratti ad alta intensità di manodopera caratterizzati da elevata ripetitività, che pure richiedono l'inserimento di clausole sociali. A differenza della precedente impostazione del d.lgs. n. 163/2006, il d.lgs. n. 50/2016 ha inteso creare "una vera e propria gerarchia fra i due tipici metodi di aggiudicazione di un appalto, ovvero l'offerta economicamente più vantaggiosa e il massimo ribasso", impostando "l'offerta economicamente più vantaggiosa come criterio "principale", e il massimo ribasso come criterio del tutto "residuale" utilizzabile solo in alcuni e tassativi casi, e comunque previa specifica ed adeguata motivazione". Esiste infatti un rapporto di specie a genere tra il comma 3 dell'art. 95 (casi di esclusivo utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, tra cui quello dei servizi ad alta intensità di manodopera, come incontestabilmente è quello oggetto di causa) e il comma 4 del medesimo articolo (casi di possibile utilizzo del criterio del prezzo più basso). Tale rapporto determina che «ove ricorrano le fattispecie di cui al comma 3 scatta ... un obbligo speciale di adozione del criterio dell'o.e.p.v. che, a differenza della ordinaria preferenza per tale criterio fatta in via generale dal codice, non ammette deroghe, nemmeno al ricorrere delle fattispecie di cui al comma 4, a prescindere dall'entità del-

lo sforzo motivazionale dell'amministrazione». «Questa risulta peraltro essere una soluzione del tutto in linea con i criteri direttivi dettati dal legislatore delegante nella Legge 11/2016, il cui art. 1, co. 1, lett. g), per i contratti relativi ai servizi ad alta intensità di manodopera, ha precisato che l'aggiudicazione debba comunque avvenire esclusivamente sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ... escludendo in ogni caso l'applicazione del solo criterio di aggiudicazione del prezzo o del costo, inteso come criterio del prezzo più basso o del massimo ribasso d'asta». La lettura delle norme codicistiche fornita dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato ha quindi come conseguenza la limitazione della discrezionalità concessa alle pubbliche amministrazioni nella scelta del criterio di aggiudicazione da adottare, qualora si debbano affidare contratti ad alta intensità di manodopera³¹. Di diverso avviso, l'orientamento giurisprudenziale secondo cui le prescrizioni dei commi 3 e 4 dell'art. 95 del nuovo codice si trovano in rapporto di complementarietà. Qualora l'appalto rientri in uno dei casi di cui al comma 4 del citato art. 95 è aggiudicabile con il criterio del massimo ribasso. Se poi l'appalto presenta entrambe le caratteristiche, nel senso che, in forza del suo oggetto, rientra tanto nell'ambito di applicazione del comma 3, tanto nell'ambito di applicazione del comma 4, la previsione di esclusività del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa cede il passo alla possibilità di aggiudicare l'appalto al massimo ribasso. Quindi, ove l'appalto, pur relativo a servizio ad elevata manodopera, avesse ad oggetto una prestazione fortemente ripetitiva, sarebbe pertanto possibile, e quindi legittimo, il ricorso, da parte della

³⁰ Cfr. Delibera ANAC 21.9.2016, n. 1005.

³¹ Cfr. C. Stato, III, 2.5.2017, n. 2014.

Stazione appaltante, al criterio di aggiudicazione del prezzo più basso³².

4. Le prospettive future di riforma: La Comunicazione della Commissione COM(2017)572 e le nuove linee guida dell'ANAC

Più di recente, istanze di reinquadrimento della disciplina delle clausole sociali sono occorse sia in sede europea sia in sede nazionale.

La Commissione Europea, nel mese di Ottobre del 2017, ha pubblicato la Comunicazione *Appalti pubblici efficaci in Europa e per l'Europa*³³. La Commissione afferma che esplicitamente «Gli Stati membri non stanno inoltre utilizzando appieno le possibilità offerte dagli appalti pubblici quale strumento strategico a sostegno di obiettivi di politica sociale sostenibili e dell'innovazione».

Il documento cita esplicitamente il «Patto di Amsterdam»³⁴, per collegare la riforma della disciplina degli appalti ad un approccio equilibrato, sostenibile ed integrato alle politiche urbane. Come dato critico, viene ricordato che le possibilità di appalti strategici non sono ancora sufficientemente utilizzate. Il 55 % delle procedure d'appalto utilizza ancora il prezzo più basso quale unico criterio di aggiudicazione, a fronte del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, secondo un approccio costo/efficacia che potrebbe includere criteri sociali, ambientali, innovativi, di accessibilità o altri criteri qualitativi, ancora troppo poco utilizzati. Tra le sei priorità strategiche di azione individuate, la Commissione colloca al primo posto la più ampia diffusione degli *appalti pubblici strategici*, con l'integrazione di criteri innovativi,

ecologici e sociali che possano rispondere ad obiettivi sociali, ambientali ed economici.

In questa prospettiva, la Commissione ha svolto tra il 07.12.2017 e il 01.03.2018 una consultazione pubblica per la riforma della Guida del 2011 sulle clausole sociali³⁵.

Sul fronte nazionale, si può osservare che il 14.05.2018 anche l'ANAC ha avviato una consultazione pubblica su nuove *Linee Guida recanti "La disciplina delle clausole sociali"*.

Innanzitutto, viene precisato che le stazioni appaltanti possono accogliere una nozione più ampia di clausola sociale rispetto alla mera tutela occupazionale, valorizzando negli atti di gara aspetti che afferiscono alla protezione sociale, al lavoro e all'ambiente, con particolare riguardo a quelli ad alta intensità di manodopera ed anche negli appalti sotto soglia e nei settori speciali. Sono poi esclusi esplicitamente, gli appalti di fornitura, gli appalti a prestazione lavorativa scarsamente significativa, quelli caratterizzati dall'*intuitu personae*.

Sussistendo le condizioni oggettive e soggettive di applicazione dell'art. 50 del Codice, la stazione appaltante ha l'*obbligo* di inserire le clausole sociali. Questa obbligatorietà è soggetta alla verifica di specifiche condizioni:

- il nuovo contratto sia *oggettivamente assimilabile* a quello in essere³⁶;
- l'eventuale incompatibilità si riferisca all'entità delle prestazioni;
- l'applicazione della clausola sociale non comporti un indiscriminato e generalizzato dovere di assorbimento del personale utilizzato dall'impresa uscente, dovendo tale obbligo es-

³⁵ *Buying Social - A Guide to Taking Account of Social Considerations in Public Procurement*.

³⁶ «L'inserimento di clausole volte alla tutela dei livelli occupazionali non è legittimo qualora non sussista, per la stazione appaltante, alcun contratto in essere nel settore di riferimento, ovvero il contratto in essere presenti un'oggettiva incompatibilità rispetto a quello da attivare».

³² Cfr. TAR L'Aquila, 13.1.2017, n. 30.

³³ COM (2017) 572 del 03.10.2017.

³⁴ Si tratta della cd. *Agenda Urbana per l'Europa*, accordo tra i Ministri responsabili in politiche urbane siglato ad Amsterdam il 30.05.2016.

sere armonizzato con l'organizzazione aziendale prescelta dal nuovo affidatario³⁷;

- la clausola sociale sia espressamente prevista nella *lex specialis*, l'operatore economico accetti espressamente la clausola sociale e l'obbligo sia riportato nel contratto;

- la stazione appaltante indichi, in modo chiaro, il personale e regimi applicati dall'attuale appaltatore;

- l'applicazione delle clausole sia in armonia con i contratti collettivi.

In ordine al regime giuridico, l'ANAC precisa che la mancata accettazione della clausola sociale si configuri quale offerta condizionata, come tale inammissibile. Nel corso della gara, è applicabile la disciplina del soccorso istruttorio per addivenire all'accettazione espressa della clausola, pena l'esclusione. L'inottemperanza degli obblighi connessi non rileva ai fini dell'aggiudicazione, in quanto la clausola sociale, secondo la configurazione rinvenibile dall'articolo 100 del Codice dei contratti, costituisce una condizione di esecuzione del contratto. L'inadempimento rileva poi nell'ambito della responsabilità contrattuale.

Le clausole sociali diverse dal riassorbimento del personale sono dichiarate ammissibili, ne segue una breve casistica, purché superino lo scrutinio di economicità, non discriminazione e proporzionalità (soprattutto in sede di determinazione dei pesi per la valutazione dell'oeppv).

Osserva poi l'ANAC che, al di fuori dei casi di alta intensità di manodopera, resta controverso se le stazioni appaltanti abbiano l'obbligo ovvero la facoltà di prevedere la clausola.

³⁷ In tal caso, «il lavoratore dell'impresa uscente deve essere riassorbito dall'impresa entrante, con preferenza rispetto a soggetti terzi. I lavoratori che non trovano collocazione nella nuova organizzazione sono destinatari, nel rispetto delle procedure sindacali, delle tutele apprestate dagli ammortizzatori sociali previsti dalla legge».

Sarebbero astrattamente prospettabili così sia la tesi dell'obbligatorietà, argomentando che il riferimento agli appalti *labour intensive* nell'art. 50 del Codice dovesse considerarsi meramente esemplificativo, e che pertanto l'obbligo di introdurre la clausola riveste carattere generale; sia la tesi negativa, secondo cui la clausola sociale tende essenzialmente alla stabilità occupazionale del personale dell'impresa uscente e, generando obblighi costitutivi di imponibile di manodopera, rappresenta un istituto di carattere eccezionale, utilizzabile solo a fronte di un'espressa previsione, di fonte normativa o collettiva, nei limiti della stretta applicazione.

L'Autorità, nel documento in consultazione, propende per la tesi della *facoltatività*, qualificando la apponibilità della clausola sociale nell'alveo della discrezionalità e dell'autonomia negoziale di cui gode la stazione appaltante ex articolo 1322 del Codice civile.

5. Territori socialmente responsabili e clausole sociali nel diritto amministrativo globale

Il regime delle clausole sociali nei contratti pubblici risponde non solo alle sollecitazioni provenienti dall'ordinamento europeo, ma sperimenta significativamente la *globalizzazione* dei regimi giuridici in alcune discipline settoriali, cui una corrente dottrina fa riferimento per intravedere la nascita di un *diritto amministrativo globale*³⁸.

³⁸ Sulle definizioni e i caratteri del *Diritto amministrativo globale*, cfr. S.CASSESE, *Gamberetti, tartarughe e procedure. Standards globali per i diritti amministrativi nazionali*, in *Riv.trim.dir.pub.*, 2004, p. 657; ID., *Il diritto amministrativo globale: una introduzione*, in *Riv.trim.dir.pub.*, 2005, p. 331; L. CASINI, *Diritto amministrativo globale*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, II, p. 1944, Milano 2006; G. DELLA CANANEA, *I pubblici poteri nello spazio giuridico globale*, in *Riv.trim.dir.pub.*, 2003, p. 1; ID., *Al di là dei confini statali*, Il Mulino, Bologna, 2010. Più in generale sugli effetti della globalizzazione sugli ordinamenti giuridici nazionali, cfr. M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione*, Il

Esistono, cioè, degli accordi internazionali che si occupano degli aiuti di Stato nei rapporti tra gli Stati che definiscono nuovi procedimenti amministrativi globali da parte di autorità amministrative globali che si collocano al di sopra delle organizzazioni regionali come l'Unione Europea e che condizionano i diritti procedurali e sostanziali delle imprese concorrenti e degli *stakeholders* ad un livello ancora più alto, nel segno di una disciplina amministrativa globale del *Public Procurement*³⁹. In tal ambito, la dottrina si riferisce tradizionalmente alle previsioni in tema di appalti pubblici contemplate nel quadro dell'accordo generale del 1994 che ha istituito l'Organizzazione Mondiale del Commercio, WTO, ed in particolare all'*Agreement on Government Procurement (GPA)*, stipulato a Marrakesh nell'Aprile del 1994 e più volte aggiornato (fino al 2012)⁴⁰.

Mulino, Bologna, 2009. Più di recente, cfr. L. CASINI, *Global Administrative Law Scholarship*, in S. CASSESE (a cura di), *Research Handbook on Global Administrative Law*, Edward Elgar, 2016.

³⁹ La letteratura in materia è molto ampia. Cfr., *ex multis*, R. ANDERSON- S. ARROWSMITH (a cura di), *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform*, Cambridge University Press, 2011; J. RODRÍGUEZ-ARANA MUNOZ, *The principles of the global law of public procurement*, in *Diritto pub. Comp. e eu.*, 1, 2015, pp. 509-530; A. SAMPLE, *Socially Responsible Public Procurement (SRPP) under EU Law and International Agreements*, in *Eur. Procurement & Pub. Private Partnership L. Rev.*, 3, 2017, pp. 293-308; A. PERULLI, *Sustainability, Social Rights and International Trade: The TTIP*, in *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 31/4, 2015, pp. 473-496; F.C. EBERT, *The Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA): Are Existing Arrangements Sufficient to Prevent Adverse Effects on Labour Standards?*, in *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 33/2, 2017, pp. 295-330.

⁴⁰ Sul *public procurement* nella disciplina del WTO, cfr. anche S. CANTONI, *L'organizzazione mondiale del commercio*, p. 67; C. MONDRINO – E. GRANZIERA, *Gli accordi commerciali multilaterali e settoriali*, entrambi in A. COMBA (a cura di), *Neoliberalismo internazionale e global economic governance*,

Nella prospettiva europea, occorre ricordare innanzitutto che l'art. 25 della Direttiva 2014/24/UE impone alle amministrazioni aggiudicatrici di accordare agli operatori economici dei paesi firmatari di tale accordo un trattamento non meno favorevole di quello concesso agli operatori economici dell'Unione.

La violazione da parte di uno Stato o dell'UE di queste discipline, quando regola gli appalti pubblici, comporta l'attivazione delle procedure ai sensi dell'Accordo di Marrakesh, quindi la possibilità di imporre a favore di un altro Stato diritti compensativi o dazi compensatori in favore dello Stato danneggiato.

Questi accordi prevedono una tipologia di inammissibilità delle limitazioni dei contratti pubblici mediante clausole sociale e ambientali molto simile a quelle di tipo europeo, con l'intervento di istituzioni presso cui i singoli Stati danneggiati iniziano la procedura contro quelli che abbiano prodotto la violazione, procedimenti ancora meno garantiti nei diritti procedurali rispetto a quanto accade a livello europeo⁴¹.

La disciplina procedimentale delle controversie si basa, ai sensi dell'art. XX, a partire dagli Accordi OMC, sulla *Dispute Settlement Understanding (DSU)*, l'Intesa sulle regole e le procedure che governano la soluzione delle controversie. In posizione centrale si colloca l'Organo di risoluzione delle controversie *Dispute Settlement Body (DSB)* che se ne occupa specificamente, ovvero il Consiglio Generale del WTO.

Torino, 2008; A. LIGUSTRO, *OMC*, in *Dig.disc.pub.*, Agg., Utet, Torino, 2010.

⁴¹ Sulle discipline procedurali, cfr. A. ODDENINO, *Soluzione delle controversie nell'OMC e valori non commerciali*, in COMBA, *op.cit.*, p. 152; B. MARCHETTI, *Il sistema di risoluzione delle dispute del WTO: amministrazione, corte o tertium genus?*, in *Riv.trim.dir.pub.*, 2008, p. 933. In alternativa alle procure menzionate, le parti possono ricorrere anche a forme di arbitrato.

Come si è accennato brevemente, si tratta di istituzioni amministrative interstatuali proprie di un diritto amministrativo globale, le cui regole procedurali sono ancora lasciate a pochissime norme e molto al potere di rappresentanti mandati dagli Stati presso queste istituzioni⁴².

Tuttavia, la dottrina è unanime nel riconoscere la compresenza problematica di elementi giuridici e diplomatici, il progressivo emergere di funzioni paragiurisdizionali, in capo soprattutto all'Organo di appello, il formarsi di decisioni spesso *ultra petita partium*, l'oggettivo ridimensionamento degli elementi politici – con il superamento del meccanismo del *consensus* degli Stati a favore del *consensus* negativo nell'adozione delle decisioni – il nodo della rilevanza dei valori non commerciali e della partecipazione delle ONG e delle formazioni sociali, quali cd. *amici curiae*, nonché, a favore di esse, quantomeno il rafforzamento della trasparenza e pubblicità delle procedure e degli atti, che rimangono in gran parte *confidential*⁴³.

Se da un lato la previsione dell'art. 13 del DSU sui poteri istruttori del *panel* (*right to seek information*) sembrerebbe fornire la base giuridica della partecipazione procedimentale degli interessati, la posizione assunta dal Consiglio generale del 22 novembre 2000 sull'appello nel caso *Asbestos* è stata di chiusura⁴⁴, non potendosi configurare allo stato attuale *legal rights* di partecipazione procedurale per i cd. *amici curiae*⁴⁵.

Allo stato attuale, sicuramente appare difficilmente configurabile un diritto di partecipazio-

ne delle formazioni sociali alle procedure in esame.

Tuttavia, con attenta dottrina, non può non rilevarsi che i procedimenti dinanzi al *Panel* e all'Organo di appello sembrerebbero fare lentamente emergere, progressivamente, bilanciamenti di interessi e valori contrapposti, frequentemente non commerciali, soprattutto la protezione dell'ambiente e la tutela della salute, che ne delinerebbero i poteri alla base come discrezionali, secondo i principi di ragionevolezza e proporzionalità, *due process*, buona fede, obbligo di motivazione⁴⁶.

In questa prospettiva, si può constatare che i regimi del *public procurement* anche nella regio-

⁴² Cfr. MARCHETTI, *op.cit.*, p. 966 e DELLA CANANEA, *I pubblici poteri*, cit., p. 21 e 29 ss., cui si rinvia in ordine al rinvenimento nelle decisioni dei *Panel* e dell'Organo di appello dei primi fondamenti di principi globali sul procedimento amministrativo. In particolare, ricorda DELLA CANANEA, *Al di là dei confini*, cit., p. 50, che al principio del *due process of law* abbia fatto riferimento l'Organo di appello, al fine di valutare la legittimità dei limiti imposti dagli Stati Uniti all'importazione di prodotti ittici. La motivazione addotta per restringere l'immissione in commercio dei prodotti stranieri faceva leva sulla necessità di tutelare le risorse naturali esauribili. A ciò si opponeva che questa non fosse altro che una modalità di protezione dell'industria ittica nazionale. «L'Organo di appello non escludeva la possibilità di far valere l'interesse alla preservazione dell'ambiente. Ma la subordinava al superamento di un test. Questo verteva sulla non arbitrarietà della discriminazione tra i produttori dei vari paesi. Le modalità con cui l'amministrazione aveva individuato quei limiti non erano tali da fugare il sospetto di arbitrio. Le uniche risultanze prese in considerazione erano quelle derivanti dall'istruttoria svolta dagli uffici. Solo i produttori nazionali avevano avuto un'equa opportunità di essere ascoltati. Solo con i produttori di alcuni paesi limitrofi era stato negoziato un periodo per adeguare le tecniche di pesca. Agli altri era stata negata una «*formal opportunity to be heard*». L'Organo di appello constatava anche l'assenza di motivi scritti, formali, argomentati. La considerava, al pari della mancata audizione degli interessati, un sintomo della natura arbitraria della decisione. Soltanto una congrua motivazione consente, cioè, di verificare se il decisore non sia incorso in scelte arbitrarie».

⁴² Sulla confutazione del sistema di risoluzione delle dispute del DSU più come *amministrazione giustiziale* che come giurisdizione e legislazione, cfr. MARCHETTI, *op.cit.*, p. 935, 964 e 966.

⁴³ Cfr. ancora ODDENINO, *op.cit.*, p. 160 ss.

⁴⁴ Tuttavia, deve essere menzionata la diversa posizione dell'organo di appello nel caso *Shrimp/Turale* del 1998 e *European Community-Trade Description of Sardines* del 2002.

⁴⁵ Cfr. MARCHETTI, *op.cit.*, p. 949.

lazione globale evidenziano la valenza non esclusiva e preminente del principio di non discriminazione e di libera concorrenza, ma il progressivo emergere nelle valutazioni discrezionali di ammissibilità di valori non commerciali, in cui il fondamento di giustificazione possa rinvenirsi in una prospettiva proporzionata e ragionevole di sviluppo sostenibile democratica e aperta a molteplici istanze sociali.

Nell'ultima revisione nel 2012 del GPA, la protezione dell'ambiente ed il contrasto alla corruzione sono esplicitamente contemplate tra le finalità sociali della disciplina degli appalti pubblici. Clausole sociali, con l'esplicito riferimento alla salvaguardia dei livelli occupazionali, non sono contemplate anche a seguito di questa ultima revisione. Tuttavia, la dottrina ha rilevato come sovente lo scrutinio positivo del test di non-protezionismo delle singole clausole ne faccia ammettere la compatibilità con il GPA per il perseguimento di politiche in senso orizzontale⁴⁷

Tuttavia, il bilanciamento degli effetti distorsivi della concorrenza con le prospettive di sviluppo, protezione sociale, superamento degli squilibri, a fondamento delle valutazioni della Commissione, mancherebbe nelle valutazioni del WTO, che non potrebbe bilanciare gli effetti negativi lamentati dallo Stato ricorrente pregiudicato con effetti positivi nello Stato responsabile o in altri Stati. A queste constatazioni, come si è visto, si contrappongono quelle prospettive che evidenziano il progressivo emergere di istanze sociali e di sviluppo territoriale anche nelle decisioni nell'ambito del DSU.

L'analisi del *public procurement* nella nuova prospettiva del *diritto amministrativo globale* richiede di segnalare che oggetto di regolazione nello spazio «giuridico globale» sia anche un'altra tematica fortemente connessa al tema: la re-

sponsabilità delle imprese come «*Corporate Social Responsibility*» (CSR)⁴⁸.

Un novero significativo di studi e documenti di indirizzo nei confronti degli Stati della Banca Mondiale⁴⁹ evidenziano che le politiche di incentivazione degli appalti strategici debbano «*be considered to encourage a greater degree of self-regulation within industries*», «*that aspire to high environmental and labor standards*»⁵⁰. Le strategie di sviluppo nazionali attraverso appalti strategici devono così collocare al centro la responsabilità sociale delle imprese⁵¹: la predisposizione delle clausole sociali dovrebbe essere subordinata alla predisposizione di codici di buona condotta nella *governance* aziendale, procedure di *audit* degli *stakeholders* (utenti, destinatari, contraenti, portatori di interessi collettivi, personale, ecc.), all'adozione di documenti aziendali conformi agli *standards di rendicontazione sociale*, all'indirizzo ed al controllo soprattutto delle istituzioni locali del rispetto degli obblighi

⁴⁸ Cfr. G. CONTE, *Codici etici e attività d'impresa nel nuovo spazio del mercato globale*, in *Contratto e impresa*, 2006, p. 108. Cfr. altresì ID. (a cura di), *La responsabilità sociale dell'impresa*, Bari, 2008; S. A. AARONSON, *A Match Made in the Corporate and Public Interest: Marrying Voluntary CSR Initiatives and the WTO*, in *Journal of World Trade*, 41(3), 2007, pp. 629-659.

⁴⁹ *Ex multis*, cfr. *Public Sector roles in strengthening corporate social responsibility: a baseline study*, 2002; *Public Policy for Corporate Social Responsibility*, 2003; *Strengthening implementation of corporate social responsibility in global supply chains*, 2003; *Public Sector support for the implementation of corporate social responsibility (CSR) in global supply chains: conclusions from practical experience*, 2004.

⁵⁰ In particolare, gli *incentives* devono sollecitare la ridefinizione della *governance* di impresa all'insegna della trasparenza: «*Transparency of performance should also be considered; however, attention should be paid to ensuring that relevant target groups such as employees, potential employees, and competitors have meaningful access to publicized data*».

⁵¹ Nella stessa prospettiva la Banca Mondiale auspica il governo della filiera produttiva e distributiva mondiale (*global supply chain*) delle imprese multinazionali.

⁴⁷ Così SAMPLE, *op.cit.*, p. 301.

di partecipazione, trasparenza, rendicontazione sociale.

Da tutto quanto evidenziato, anche riguardo al *public procurement* si può concordare con quella dottrina⁵² secondo cui, proprio alla constatazione dell'imbrigliamento degli Stati in una «rete di *soft law*», regole e decisioni negoziate e flessibili, in cui la *global governance* dell'economia avrebbe luogo *without global government* effettivo, dovrebbe considerarsi la necessità di equilibrare nei processi di governo dell'economia il ruolo delle autorità indipendenti di regolazione nazionali ed europee con l'incremento di procedimenti partecipati e aperti a tutti gli *stakeholders* presso le istituzioni politiche infrastatali in grado di significative, pur se sussidiarie, politiche economiche redistributive. In tal senso, il processo regolativo globale palesa un indirizzo quanto meno non univocamente orientato al superamento della compatibilità dei regimi dei contratti pubblici esclusivamente alla realizzazione del mercati aperti in regimi fortemente competitivi a favore dell'implementazione di un nuovo modello di *Socially Responsible Public Procurement* (SRPP), con il perseguimento attraverso appalti strategici di finalità sociali e ambientali.

⁵² Cfr. M. RAVERAIRA, *Il coinvolgimento degli interessi privati nei processi decisionali pubblici*, su www.federalismi.it, n. 24 del 2008.