

# Per un Public Procurement più verde e più rosa: le idee di ARPAT

## *Tiziana Petrella* – Direttore Amministrativo ARPAT

Obiettivo della nostra analisi è verificare il modo in cui la politica degli appalti pubblici (1) possa conciliarsi con la promozione del principio di pari opportunità tra uomini e donne, assecondando ed implementando così un approccio di *gender mainstreaming*, ovvero di considerazione della dimensione di genere, dalla fase di programmazione dell'iniziativa a quella di realizzazione degli interventi.

Com'è noto, gli appalti pubblici - di lavori, di servizi, di forniture - costituiscono un settore economico di grandissima rilevanza - sia sul piano nazionale sia a livello europeo - in cui le amministrazioni pubbliche assumono un ruolo indispensabile e rilevante sia per la fissazione delle regole del sistema, quale *policy maker*, che per il suo dimensionamento, quale attore - committente sottoposto alle regole dal medesimo fissate. Il processo regolativo, sottoposto a continui aggiustamenti e modifiche, ha da sempre avuto quale finalità conformativa e determinante l'ampliamento e la garanzia dell'effettività della concorrenza tra gli attori economici. Da tale situazione, infatti, le leggi economiche fondamentali fanno discendere - secondo un sistema di relazioni il cui contestale avveramento tuttavia resta, il più delle volte, un ambizioso auspicio più che una pratica realizzazione - l'allocazione efficiente delle risorse, la qualità dei prodotti e dei servizi e lo stimolo alla crescita economica. Qualunque ostacolo all'ingresso degli operatori economici sui mercati economici viene, in tale settore, prima di tutto percepito quale intralcio al libero dispiegarsi della "forza" della concorrenza e, quindi, eliminato o "conformato" di conseguenza, dando origine alla incessante spinta verso la realizzazione completa e integrale delle tre libertà fondamentali in materia: libertà di circolazione delle merci, libertà di stabilimento e libertà di prestazione di servizi.

### Note

- (1) Si deve considerare appalto pubblico un contratto a titolo oneroso, stipulato in forma scritta tra una o più amministrazioni aggiudicatrici, da un lato, ed uno o più operatori economici<sup>1</sup>, dall'altro, finalizzato all'acquisizione, da parte dell'amministrazione, di forniture, di servizi oppure di lavori od opere pubbliche. Questa definizione, mutuata dalle direttive CE applicabili (93/36/CEE e ss.mm., per le forniture, 93/37/CEE e ss.mm., per i lavori, e 92/50/CE e ss.mm., per i servizi), non comprende né la scelta relativa al finanziamento di determinati progetti, né le procedure di selezione di soggetti ammissibili alla concessione di contributi - cui si riferiscono le indicazioni operative fin qui fornite dal Dipartimento - e che sono ascrivibili, eventualmente, ad un'altra fattispecie giuridica comunitaria, quale quella degli aiuti di Stato.

La concezione che ispira tale linea regolativa , ispirata pervasivamente da obiettivi di natura essenzialmente economica, è, tuttavia di per se lontana dall'idea di "sviluppo sostenibile" , basato, invece, sulla considerazione e comprensione delle dimensioni ambientali e sociali, potenzialmente configgenti con quella economica e divenute vieppiù pressanti e irrinunciabili con il passare del tempo (2). E' innegabile, infatti che la considerazione di criteri legati all'interesse generale, quali i criteri ambientali e sociali, nella politica degli appalti pubblici comunitari comporti necessariamente un contrasto dialettico tra gli opposti interessi in gioco: la tutela della concorrenza e dell'accesso al mercato degli operatori economici dei diversi Stati membri in condizioni di parità da un lato, la tutela dell'ambiente e delle istanze sociali dall'altro. Il problema, estremamente delicato, è quello di stabilire se il principio di integrazione della politica ambientale nelle altre politiche comunitarie dovesse avere la preminenza sugli ulteriori obiettivi perseguiti dalla Comunità e se lo strumento degli appalti pubblici fosse adeguato a perseguire interessi generali. La pluralità delle istanze ha così dato avvio ad un processo di ridefinizione normativa da parte della Commissione europea, finalizzato all'armonizzazione ed alla equilibrata sistemazione dei temi della tutela ambientale e della politica sociale , che, attraverso le comunicazioni ..... sino alla Direttiva unificata 2004/18/CE (per i settori c.d. tradizionali) e Direttiva 2004/17/CE (settori c.d. esclusi), ha abbandonato o, meglio, smussato i tratti di regolamentazione più squisitamente mercantilistici per comprendere anche quelli politici e sociali. Le comunicazioni in materia di appalti pubblici citate, tuttavia, pur riconoscendo l'importanza nella società della salvaguardia dell'ambiente e dei diritti sociali dei cittadini e presentando un atteggiamento di apertura verso l'introduzione di queste istanze nel quadro degli appalti pubblici, in relazione alla fase di valutazione delle offerte restano tuttavia fermamente ancorate a criteri oggettivi che apportino un vantaggio economico diretto all'ente aggiudicatore.

Note.

(2) Come ha riconosciuto la Commissione nella Comunicazione "Sviluppo sostenibile in Europa per un mondo migliore: strategia dell'Unione europea per lo sviluppo sostenibile", proposta per il Consiglio europeo di Goteborg; COM(2001) 264 def., adottata il 15 maggio 2001, "Lo sviluppo sostenibile offre all'Unione europea una visione positiva sul lungo termine di una società più prospera e giusta, con la promessa di un ambiente più pulito, più sicuro e più sano: una società che garantisca una migliore qualità della vita per noi, per i nostri figli e per i nostri nipoti. Per raggiungere questi obiettivi nella pratica é necessario che la crescita economica sostenga il progresso sociale e rispetti l'ambiente, che la politica sociale sia alla base delle prestazioni economiche e che la politica ambientale sia efficace sotto il profilo dei costi".

Coerentemente, la normativa nazionale (contenuta nel Codice degli appalti approvato con D.Lgs 163/2006), dopo aver ribadito al comma 1 dell'art. 2" *L'affidamento e l'esecuzione di opere e lavori pubblici, servizi e forniture, ai sensi del presente codice, deve garantire la qualità delle prestazioni e svolgersi nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza; l'affidamento deve altresì rispettare i principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché quello di pubblicità con le modalità indicate nel presente codice*", afferma al comma successivo che " *Il principio di economicità può essere subordinato, entro i limiti in cui sia espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice, ai criteri, previsti dal bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute e dell'ambiente e alla promozione dello sviluppo sostenibile*".

Riservando la nostra analisi al tema di interesse, è utile sottolineare che la 'regolazione sociale' degli appalti pubblici ha luogo mediante due azioni fondamentali:

- imponendo, sia nella fase della selezione dei soggetti che in quella di realizzazione degli interventi, il rispetto delle norme vigenti a tutela della regolarità e legalità lavoristica, delle discipline prevenzionistiche a tutela della salute e sicurezza del lavoro,
- utilizzando l'appalto pubblico quale occasione e strumento attivo di perseguimento degli obiettivi di tutela dell'occupazione di soggetti più svantaggiati e di promozione di azioni positive o di pari opportunità, in quanto *“ il nodo forse più importante della materia, e della più recente legislazione sugli appalti pubblici, risiede nel (tentativo di) superamento della logica individualista della stessa pubblica amministrazione committente affinché essa introietti - come elemento ineliminabile dell'attività amministrativa - il rispetto della regolarità di impiego e della salute e sicurezza del lavoro nell'opera pubblica: tali valori devono dunque essere assunti come elementi determinanti fin dalla fase della progettazione e della valutazione degli investimenti, essere esclusi dal gioco della concorrenza nella fase di scelta e aggiudicazione, divenire criteri di verifica della corretta esecuzione dell'appalto e di eventuale risoluzione del contratto ”*(3).

(3) Il codice degli appalti pubblici: un'occasione per promuovere la regolarità del lavoro, di Franco Scarpelli – articolo pubblicato su Note Informative, 2006, n. 36)

Relativamente alla prima possibilità di azione evidenziata, si segnala che il rispetto delle discipline lavoristiche costituisce condizione stessa per l'accesso al mercato degli appalti pubblici: l'art. 38 stabilisce i requisiti di ordine generale che ogni appaltatore pubblico deve possedere, tra i quali rientrano gravi infrazioni in materia di sicurezza e di ogni altro obbligo derivante dai rapporti di lavoro, di obblighi civili e previdenziali risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio sugli appalti pubblici, nonché il mancato rispetto degli obblighi della legge 68/1999 sul collocamento dei disabili. L'art. 40, poi, riproduce la specifica e più complessa disciplina della qualificazione delle imprese per il settore dei lavori pubblici (sistema delle Soa, sostitutivo del vecchio e inefficace Albo nazionale dei costruttori). In tale sede, risultano, tuttavia, di impossibile contestazione violazioni di azioni e principi di pari opportunità, attesa l'inesistenza di obblighi normativi specifici a carico delle imprese.

Maggiori opportunità in tal senso presentano, invece, alcuni momenti e atti della procedura di appalto, in cui l'Amministrazione può farsi parte attiva nell'attuazione di una politica sociale che si proponga di realizzare obiettivi di pari opportunità

Tale possibilità è stata riconosciuta dalla Commissione europea, nella “Comunicazione interpretativa della Commissione sul diritto degli appalti pubblici e le possibilità di integrare aspetti sociali negli appalti pubblici”, sopra ricordata. *“ Tuttavia, tale possibilità deve essere mantenuta entro certi limiti, in quanto, come già ricordato, la normativa comunitaria in materia di appalti pubblici è uno strumento volto alla realizzazione del mercato interno e finalizzato a garantire la razionalità della spesa pubblica. L'introduzione di criteri diversi da quelli economici, non obiettivi e variabili a seconda delle diverse sensibilità nazionali potrebbe snaturare la finalità e la natura della politica degli appalti pubblici, inficiare l'obiettività della valutazione e costituire un modo per aggirare il divieto di discriminazione ”* (4).

Già in fase di programmazione e definizione dei propri bisogni, le amministrazioni possono dare evidenza della propria sensibilità e responsabilità sociale, connotando l'oggetto dei propri appalti e delle relative specifiche tecniche in un'ottica di genere al fine di renderlo più rispondente e conforme ad esigenze di pari opportunità.

(4) P.C.M. – DPO – L'integrazione del mainstreaming negli appalti pubblici: aspetti giuridici ed indicazioni)

Ad esempio, alle imprese concorrenti potrebbe essere richiesto di tener conto e di esplicitare le modalità in cui i tempi e le modalità realizzative del servizio terranno conto delle esigenze del personale femminile.

In fase di selezione del soggetto aggiudicatario, è opportuno rilevare che i criteri utilizzabili a tal fine – distinti in requisiti di capacità tecnica di un soggetto di svolgere il servizio o di portare a termine il lavoro o di eseguire la fornitura oggetto del contratto, e di capacità economico-finanziaria, ossia della solidità economica necessaria a garantire il compimento dell'opera, del servizio, o della fornitura - non possono essere ampliati per farvi rientrare criteri di pari opportunità, a meno ciò non sia strettamente collegato all'oggetto dell'appalto. In caso contrario, verrebbe alterata la finalità economica della gara stessa ossia quella di scegliere il bene, servizio o lavoro con il miglior rapporto qualità/prezzo, in modo che vi sia un uso razionale del denaro pubblico a beneficio della collettività .

La valutazione delle offerte, infatti, può avvenire in base esclusivamente al prezzo più basso oppure in base all'offerta economicamente più vantaggiosa. La specificazione della natura economica del vantaggio coincide con la rammentata finalità economica dell'intera procedura. E' possibile introdurre criteri diversi, *“ purché tali criteri siano collegati all'oggetto dell'appalto, non conferiscano alla detta amministrazione aggiudicatrice una libertà incondizionata di scelta, siano espressamente menzionati nel capitolato d'oneri o nel bando di gara e rispettino tutti i principi fondamentali del diritto comunitario, in particolare, il principio di non discriminazione”*. (5).

Pertanto, l'introduzione di criteri di genere è possibile purché ciò non nuoccia all'obiettività della valutazione dell'amministrazione aggiudicatrice, né creare disparità tra i partecipanti, attuali e potenziali, alla gara. (6) ma, soprattutto, sia collegato all'oggetto dell'appalto. Non si può non rilevare come l'apertura a tali nuovi criteri sia ancorata al rispetto di condizioni ben precise, quali lo stretto legame con l'oggetto dell'appalto e il vantaggio economico diretto per l'amministrazione, che di fatto ne limitano la portata innovativa e le potenzialità.

(5) Sentenza del 4 dicembre 2004, nella causa C-448/01.

(6) Si potrebbe, quindi, ipotizzare la definizione di un criterio di valutazione relativo, ad esempio, alla presenza nel gruppo di lavoro di professionalità con specifiche esperienze in tema di pari opportunità, qualora queste siano necessarie al soddisfacimento dell'oggetto dell'appalto pubblico in questione.

Infine, alcuni obiettivi di pari opportunità possono essere inseriti anche attraverso l'imposizione di condizioni particolari di esecuzione del contratto (7) *“purché siano compatibili con il diritto comunitario e, tra l'altro, con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, e purché siano precisate nel bando di gara, o nell'invito in caso di procedure senza bando, o nel capitolato d'oneri”*(art. 69 Codice degli appalti). L'art. 26 della Direttiva 2004/18/CE prevede espressamente che tali condizioni possano *“ basarsi in particolare su considerazioni sociali e ambientali”*. A ben vedere rendere le necessità di pari opportunità oggetto di condizioni di esecuzione dell'appalto consentirebbe all'amministrazione appaltante di esercitare un potere di controllo sul rispetto degli adempimenti contrattuali ed, eventualmente, nel caso sia stato previsto nel contratto stesso, di comminare sanzioni e penali nel caso in cui l'impresa si renda inadempiente. Tale circostanza rappresenterebbe, quindi, un valido ed efficace strumento per conseguire effettivamente obiettivi di pari opportunità, evitando che questi rimangano meri requisiti di partecipazione alle procedure di gara e vengano, poi, disattesi dal soggetto partecipante in fase di esecuzione dell'appalto, una volta che esso sia risultato aggiudicatario dello stesso.

In conclusione, il dilemma, che permane è quello di stabilire se il principio di integrazione della politica ambientale e sociale nelle altre politiche comunitarie debba avere la preminenza sugli ulteriori obiettivi perseguiti dalla Comunità e se lo strumento degli appalti pubblici sia adeguato a perseguire interessi generali. Sarebbe certamente un errore contrapporre decisamente la politica del mercato interno e degli appalti pubblici a quella ambientale o sociale: lo sforzo della Comunità e di noi tutti dovrebbe andare nel senso di conciliare le opposte esigenze.

(7) vedasi art. 26, direttiva 2004/18; art. 38, direttiva 2004/17 e art. 69 Codice degli appalti)