

## ALCESTE SANTUARI

---

### Le cooperative sociali e i servizi pubblici locali: brevi considerazioni sull'affidamento dei secondi alle prime

---

#### 1. Introduzione

Il Consiglio di Stato, sez. V, con la sentenza 11 maggio 2010, n. 2829, ha ritenuto illegittimo l'affidamento diretto a cooperative sociali del servizio di igiene urbana, inteso quale servizio pubblico locale.

La possibilità, per gli enti pubblici, di affidare direttamente alle cooperative sociali la fornitura di beni e servizi, è contemplata all'art. 5, della l. 8 novembre 1991, n. 381 (Disciplina sulle cooperative sociali), che intende favorire, attraverso l'azione delle cooperative di solidarietà sociale, l'inserimento lavorativo di soggetti svantaggiati. Infatti, l'articolo in parola, al comma 1 stabilisce quanto segue: "Gli enti pubblici, compresi quelli economici, e le società di capitali a partecipazione pubblica, anche in deroga alla disciplina in materia di contratti della pubblica amministrazione, possono stipulare convenzioni con le cooperative che svolgono le attività[di inserimento lavorativo] ovvero con analoghi organismi aventi sede negli altri Stati membri della Comunità europea, per la fornitura di beni e servizi diversi da quelli socio-sanitari ed educativi il cui importo stimato al netto dell'IVA sia inferiore agli importi stabiliti dalle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici, purché tali convenzioni siano finalizzate a creare opportunità di lavoro per le persone svantaggiate di cui all'articolo 4, comma 1."

Di seguito, vorremmo commentare la decisione dei giudici amministrativi, dopo aver collocato il tema del rapporto pubblico-cooperative sociali nel contesto giuridico europeo e italiano.

#### 2. Il contesto europeo

Il tema del rapporto tra regole giuridiche che informano gli appalti (di servizi in particolare) e l'inserimento lavorativo dei portatori di handicap ha negli ultimi anni registrato molti dibattiti e interventi, sia dottrinali che giurisprudenziali. A livello comunitario, la direttiva UE relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, forniture e servizi (2004/18 CE), dispone quanto segue:

"L'occupazione e le condizioni di lavoro sono elementi chiave per garantire pari opportunità a tutti i cittadini e contribuiscono all'integrazione nella società. In questo ambito, i laboratori protetti ed i programmi di lavoro protetti contribuiscono efficacemente a promuovere l'integrazione o la reintegrazione dei disabili nel mercato del lavoro. Tuttavia, detti laboratori potrebbero non essere in grado di ottenere degli appalti in condizioni di concorrenza normali. Appare pertanto opportuno prevedere che gli Stati membri possano riservare la partecipazione alle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici a tali laboratori o riservare l'esecuzione degli appalti nel contesto di programmi di lavoro protetti" (28° "considerando").

La disposizione sopra richiamata esprime una "preferenza" delle istituzioni europee nei confronti di un approccio sociale all'erogazione dei servizi, in luogo della tradizionale attitudine a privilegiare impostazioni di carattere economicistico e "utilitaristico". E ciò è ribadito nell'art. 19 della Direttiva in argomento che stabilisce che gli Stati membri possono "riservare la partecipazione alle procedure di aggiudicazione a laboratori protetti o riservarne l'esecuzione nel contesto di programmi di lavoro protetti, quando la maggioranza dei lavoratori interessati è composta da disabili i quali, in ragione della natura o della gravità del loro handicap, non possono esercitare un'attività professionale in condizioni normali".

#### 3. Il contesto italiano

Nel nostro ordinamento, il *favor legis* europeo è stato recepito nel Codice dei contratti pubblici (art.

2, d. lgs. n. 163 del 2006), laddove si può leggere che il principio di economicità può essere subordinato "a criteri ispirati a esigenze sociali". Ma il Codice in parola recepisce integralmente anche l'art. 19 della Direttiva nell'art. 52, dopo aver fatte salve le prerogative delle cooperative sociali e delle imprese sociali. Ciò significa che, accanto a quanto già avviene per queste ultime forme di organizzazioni non profit, le cui legislazioni speciali dispongono espressamente la loro vocazione di inserimento lavorativo di soggetti svantaggiati nel processo produttivo, il Codice prevede che le stazioni appaltanti possano riservare la partecipazione alle procedure di aggiudicazione a laboratori protetti ovvero a programmi di lavoro protetti. Si aggiunga che l'art. 69 del medesimo Codice consente alle stazioni appaltanti di esigere - prevedendolo nel bando di gara - che nell'esecuzione dei contratti si tenga conto di "esigenze sociali".

Si tratta dunque di un set di disposizioni di implementazione della direttiva 2004/18 CE indirizzate alla valorizzazione e al potenziamento delle iniziative e dei programmi di inserimento lavorativo per i disabili, che derogano le condizioni normali di concorrenza.

Tuttavia, né nella legislazione speciale sulle cooperative sociali (l. n. 381/1991), né in quella sulle imprese sociali (d. lgs. n. 155/2006) rinveniamo la definizione di "laboratorio protetto" ovvero di "programma di lavoro protetto". Invero si tratta di "istituti" non previsti dal nostro ordinamento giuridico che, *prima facie*, allora sembrerebbero rimanere lettera morta. In aiuto è intervenuta l'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture che, con propria determinazione del 23 gennaio 2008, n. 2, ha ribadito che:

1. entrambi gli istituti debbono riferirsi a situazioni in cui maggioritario sia l'impiego di disabili, intesi quali soggetti portatori di handicap;

2. i laboratori protetti debbono, cumulativamente, possedere i seguenti requisiti soggettivi: a) essere un soggetto giuridico che eserciti in via stabile e principale un'attività economica organizzata; b) prevedere, nei documenti ufficiali dell'organizzazione, tra le finalità istituzionali della stessa, l'inserimento lavorativo delle persone disabili; c) avere nel proprio ambito una maggioranza di lavoratori disabili che, in ragione della natura o della gravità del loro handicap, non possono esercitare un'attività professionale in condizioni normali.

In ordine a quanto stabilito dalle norme dell'ordinamento giuridico italiano (cfr. l. 12 marzo 1999, n. 68), con riferimento a sub c), si ritiene che per disabili si debbano intendere le persone in età lavorativa affette da minorazioni fisiche, psichiche o sensoriali, i portatori di handicap intellettuale e le persone non vedenti e sordomute. La determinazione in parola si preoccupa altresì di sottolineare la necessità di coordinare le disposizioni di carattere comunitario con la norma speciale che disciplina le cooperative sociali di tipo b) e le imprese sociali in Italia, allo scopo di chiarire i rispettivi ambiti di applicazione. Le prime, regolate dall'art. 1, lettera b), l. n. 381/1991 e s.m.i. svolgono attività finalizzate all'inserimento lavorativo delle persone svantaggiate e devono possedere un organico costituito almeno per il 30% da persone disagiate (invalidi fisici, psichici e sensoriali, ex degenti di istituti psichiatrici, tossicodipendenti, alcolisti, i lavoratori minorili in situazioni di difficoltà familiare. Si rammenta che, ai sensi e per gli effetti dell'art. 5 della l. n. 381/1991, gli enti pubblici, compresi quelli economici e le società a partecipazione pubblica possono stipulare convenzioni direttamente con le cooperative sociali di tipo b) per la fornitura/erogazione di servizi di valore inferiore alla soglia comunitaria, finalizzate all'inserimento lavorativo di persone svantaggiate. Lo stesso articolo (comma 4) stabilisce inoltre che, gli stessi enti sopra citati possono inserire, fra le condizioni di esecuzione dei bandi di gara di appalto e nei capitolati d'oneri relativi a forniture di beni e servizi diversi da quelli socio-sanitari ed educativi, l'obbligo di eseguire il contratto con l'impiego delle persone svantaggiate.

Avuto riguardo all'inquadramento delle cooperative sociali, l'Autorità sostiene che esse non coincidono necessariamente con la definizione di "laboratorio protetto" fornita all'art. 52 del d. lgs. n. 163/2006, sia per quanto riguarda le categorie di persone individuate (persone svantaggiate e non disabili), sia per quanto attiene alla percentuale minima di organico che deve essere costituita da dette persone svantaggiate. Tuttavia, le cooperative sociali, in quanto soggetti dotati di propria autonomia giuridica, possono essere riconosciute quali laboratori protetti, e quindi avvalersi dei benefici disciplinati dall'art. 52, a condizione che siano in grado di dimostrare di essere in possesso dei requisiti sopra individuati. In questo caso, la loro partecipazione alle gare si dovrà svolgere in applicazione del citato d. lgs. n. 163/2006.

Veniamo ora alla riserva prevista per i programmi di lavoro protetto: essa non si fonda sulla qualificazione soggettiva dei partecipanti alla gara, quanto sul ricorso, da parte delle imprese partecipanti, nella fase esecutiva dell'appalto, all'impiego, in numero maggioritario, di lavoratori disabili che, in ragione della natura o della gravità del loro handicap, non possono esercitare un'attività professionale in condizioni normali. Alle gare, pertanto, potranno partecipare soggetti che possono essere anche privi dei requisiti necessari ai fini del riconoscimento come laboratori protetti, ma che comunque si avvalgono, ai fini dell'esecuzione dello specifico appalto, di un piano che preveda il coinvolgimento di una maggioranza di lavoratori disabili, anche in virtù di accordi conclusi

con soggetti che operano nel settore sociale.

L'Autorità di vigilanza ha dunque contribuito ad ampliare la pletora dei soggetti *non profit* che si interfacciano con le pubbliche amministrazioni per risultare affidatari di servizi, sia che si tratti di importi sopra soglia ovvero sotto soglia. Invero, accanto alle cooperative sociali, al settore del volontariato e a quello delle imprese sociali, possiamo aggiungere i laboratori protetti e i programmi di lavoro protetti.

Per quanto riguarda, in specie, le cooperative sociali di tipo b) che intendano operare nel mercato dei servizi "sopra soglia" e che non posseggano i requisiti necessari, dovranno dotarsi di quelli previsti per i laboratori protetti.

### 3.1. La preferenza istituzionale per le cooperative sociali

Una "preferenza" istituzionale per le cooperative sociali, così come per tutti gli organismi *non profit*, è stata altresì ribadita dalla l. 8 novembre 2000, n. 328 ("Legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali"). Secondo le disposizioni in essa contenute, gli enti locali, le regioni e lo Stato, nell'ambito delle rispettive competenze, riconoscono e agevolano il ruolo degli organismi non lucrativi di utilità sociale, degli organismi della cooperazione, delle associazioni e degli enti di promozione sociale, delle fondazioni e degli enti di patronato, delle organizzazioni di volontariato, degli enti riconosciuti delle confessioni religiose con le quali lo Stato ha stipulato patti, accordi o intese operanti nel settore nella programmazione, nella organizzazione e nella gestione del sistema integrato di interventi e servizi sociali. Invero, si prevede che, a fianco della Pubblica Amministrazione per la gestione e l'offerta dei servizi, provvedono, "[...] in qualità di soggetti attivi nella progettazione e nella realizzazione concertata degli interventi, organismi non lucrativi di utilità sociale, organismi della cooperazione, organizzazioni di volontariato, associazioni ed enti di promozione sociale, fondazioni, enti di patronato e altri soggetti privati. Il sistema integrato di interventi e servizi sociali ha tra gli scopi anche la promozione della solidarietà sociale, con la valorizzazione delle iniziative delle persone, dei nuclei familiari, delle forme di auto-aiuto e di reciprocità e della solidarietà organizzata" (l. 8 novembre 2000, n. 328, art. 1, 5° co.).

Inoltre, la l. 328/2000, indicando le linee di indirizzo per l'affidamento dei servizi ai soggetti del Terzo Settore prevede che "per favorire l'attuazione del principio di sussidiarietà, gli enti locali, le regioni e lo Stato, nell'ambito delle risorse disponibili in base ai piani di cui agli articoli 18 e 19, promuovono azioni per il sostegno e la qualificazione dei soggetti operanti nel terzo settore anche attraverso politiche formative ed interventi per l'accesso agevolato al credito ed ai fondi dell'Unione europea.

Ai fini dell'affidamento dei servizi previsti dalla presente legge, gli enti pubblici, fermo restando quanto stabilito dall'articolo 11, promuovono azioni per favorire la trasparenza e la semplificazione amministrativa nonché il ricorso a forme di aggiudicazione o negoziali che consentano ai soggetti operanti nel terzo settore la piena espressione della propria progettualità, avvalendosi di analisi e di verifiche che tengano conto della qualità e delle caratteristiche delle prestazioni offerte e della qualificazione del personale" (l. 8 novembre 2000, n. 328, art. 5, 1° e 2° co.).

Il *favor legis* riservato ai soggetti del terzo settore e, in specie alle cooperative sociali, è stato ribadito anche dalla giurisprudenza amministrativa: "Gli enti no-profit del c.d. terzo settore sono da considerare imprese, ove ne ricorrano i presupposti in relazione all'esercizio di attività economica (servizi prestati a fronte di corrispettivi remunerativi, ancorché versati dall'ente pubblico), ed in quanto ciò si verifichi sono legittimati a partecipare a gare pubbliche per l'assegnazione di (appalti di) servizi in concorrenza con operatori di altro tipo" (TAR Liguria, sez. II, 23 dicembre 2002, n. 1206, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)).

E ancora sul punto: "In particolare, l'art. 1 della l. 328/2000 prescrive agli enti pubblici territoriali di riconoscere ed agevolare il ruolo degli organismi non lucrativi di utilità sociale, mentre il successivo art. 5 impone il ricorso a forme di aggiudicazione e negoziali che consentano ai soggetti operanti nel terzo settore la piena espressione della propria progettualità. Ne consegue che in presenza di disposizioni normative così esplicite la scelta di avvalersi esclusivamente di simili tipologie di soggetti non fa altro che inserirsi nelle linee guida formulate dallo stesso legislatore[...] Ai sensi dell'art. 3 d. l. 157/1995, gli appalti di cui all'allegato n. 2 al d.l. 157/1995, tra i quali figurano gli appalti relativi a servizi sanitari e sociali, sono soggetti esclusivamente alle norme di cui all'art. 8 comma 3, relativo alla comunicazione dell'esito dell'appalto, ed agli artt. 20 e 21, relativi alle specifiche tecniche dei capitolati d'oneri e dei documenti contrattuali. Analogamente a livello comunitario la direttiva CEE 92/50 all'art. 9 con riferimento all'allegato n. 1B alla stessa prevede analoga esenzione relativamente agli appalti relativi ai servizi sanitari e sociali. Ne consegue che non sussiste alcuna illegittimità in ordine alla limitazione della partecipazione all'appalto ai soli soggetti senza scopo di lucro" (T.A.R. Liguria, sez. II, 22.4.2004, n. 514, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)).

Anche con riferimento alla disciplina sulle cooperative sociali, è stata riservata all'autonomia regionale, oltre all'istituzione di un Albo, l'adozione di "convenzioni tipo per i rapporti tra le

cooperative sociali e le amministrazioni pubbliche" (art. 9, 2° co.). Le scarse disposizioni contenute nell'art. 5 della l. n. 381/91 hanno, infatti, trovato nella legislazione regionale sviluppi che, talvolta, si sono manifestati in un decisivo ampliamento dell'ambito operativo della "deroga" collegata all'avvalimento dello strumento convenzionale rispetto a quanto disposto dalla legge nazionale (la quale limita il convenzionamento alle sole cooperative sociali di "tipo b)", con esclusione dei rapporti di valore superiore alla soglia comunitaria ed aventi ad oggetto la gestione dei servizi socio-assistenziali).

#### **4. L'affidamento diretto non si applica alla "categoria" dei servizi pubblici locali**

Se il legislatore del 1991 ha inteso sostenere lo sviluppo della cooperazione sociale, in specie quella dedicata a progetti ed interventi mirati all'inserimento lavorativo di persone svantaggiate, ancorché non contestando questo *favor legis*, il Consiglio di Stato nella sentenza qui annotata richiama la "specificità" del servizio oggetto dell'affidamento: il servizio di igiene urbana. Quest'ultimo deve essere fatto rientrare nel novero dei servizi pubblici locali, ai sensi dell'art. 112 del Testo Unico degli Enti Locali, il quale stabilisce che "gli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, provvedono alla gestione dei servizi pubblici che abbiano per oggetto produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali". La genericità della norma si spiega con la circostanza che gli enti locali, ed il comune in particolare, sono enti a fini generali dotati di autonomia organizzativa, amministrativa e finanziaria (art. 3 T.U.E.L.), nel senso che essi hanno la facoltà di determinare da sé i propri scopi e, in particolare, di decidere quali attività di produzione di beni ed attività, purché genericamente rivolte a realizzare fini sociali ed a promuovere lo sviluppo economico e civile della comunità locale di riferimento (art. 112 T.U.E.L.), assumere come doverose. Dunque, muovendo dal dato di diritto positivo fornito dall'art. 112 T.U.E.L., deve ritenersi che la qualificazione di servizio pubblico locale spetti a quelle attività caratterizzate, sul piano oggettivo, dal perseguimento di scopi sociali e di sviluppo della società civile, selezionati in base a scelte di carattere eminentemente politico, quanto alla destinazione delle risorse economiche disponibili ed all'ambito di intervento, e, su quello soggettivo, dalla riconduzione diretta o indiretta (per effetto di rapporti concessori o di partecipazione all'assetto organizzativo dell'ente) ad una figura soggettiva di rilievo pubblico.

La definizione di servizio pubblico locale distingue in modo chiaro i servizi passibili di affidamento diretto, ossia quelli oggetto di una fornitura diretta a favore del committente (ente locale) dai servizi pubblici locali, il cui "perimetro" risulta essere più ampio, attesa la specifica finalità sottesa alla loro organizzazione. E, infatti, avuto riguardo a questo ultimo aspetto, il Consiglio di Stato richiama l'art. 198 del d. lgs. 3 aprile 2006, n. 152, secondo il quale spetta ai Comuni la gestione dei rifiuti urbani, compresa la disciplina delle modalità del servizio di raccolta e di trasporto. Fornitura di beni e servizi, dunque, da un lato, quale possibile oggetto di "rapporto" tra enti locali e cooperative sociali (di tipo "B") e, dall'altro, organizzazione e gestione di un servizio pubblico locale, quale ambito/area di competenza dell'ente locale. Né - secondo i giudici di Palazzo Spada - assume rilevanza quanto disposto dall'art. 52, di recepimento dell'art. 19 della Direttiva 2004/18, in quanto gli appalti riservati alla partecipazione di talune categorie meritevoli di protezione sociale, non escludono in radice l'applicazione delle regole dell'evidenza pubblica.

#### **5. Brevi considerazioni finali**

"Riserva" di legge o libero mercato? Questo sembra essere il dilemma che, oggi, in modo molto più marcato rispetto al passato, emerge nella organizzazione e nella gestione dei servizi in capo agli enti locali. Invero, questi ultimi sono chiamati a favorire - secondo il principio di sussidiarietà *ex art.* 118 Cost. u.c. - le realtà non lucrative impegnate nella promozione umana e sociale dei cittadini. Contestualmente, gli enti locali - in un quadro regolatorio di matrice comunitaria - si debbono confrontare con una impostazione basata sul rispetto del principio della libera concorrenza. In questo senso, il d.lgs. 26 marzo 2010, n. 59, recante "Attuazione della Direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno (pubblicato sulla G.U. 23 n. 94 del 23 aprile 2010) interviene ad implementare anche nel nostro Paese l'erogazione dei servizi "free of barriers", ossia la libertà di prestazione dei servizi medesimi, in quanto fondati sul principio della libera concorrenza.

Tuttavia, come già disciplinato dalla Direttiva in parola, il decreto legislativo esclude dall'ambito di applicazione delle disposizioni ivi contenute i servizi sociali (art. 3) e quelli sanitari (art. 7). Tale esclusione merita la nostra attenzione per la dimensione soggettiva attribuita ai servizi esclusi e per la configurazione degli stessi nell'ambito del contesto italiano. Per quanto attiene alla dimensione soggettiva, la Direttiva non ha potuto non considerare la enorme difformità di trattamento all'interno dell'Unione Europea di un comparto che, da un lato, è competenza primaria degli Stati membri e, dall'altro, per il *proprium* del servizio non è omologabile, almeno non sempre, alle regole del mercato. In questo senso, da anni, nelle istituzioni comunitarie si dibatte su come inquadrare e "trattare" i servizi socio-sanitari, attesa la loro vocazione a recare benefici alla collettività, che non

si fonda necessariamente sul pagamento di un corrispettivo, ma soprattutto sulla universalità dell'accesso alle prestazioni. E forse proprio questo è il motivo di maggiore vicinanza tra l'esclusione dei servizi sociali e sanitari in ambito UE e l'esperienza italiana. Invero, nonostante la creazione di situazione di "quasi-mercati" a livello regionale e la decisione di molte amministrazioni pubbliche di procedere a gara per l'affidamento di servizi socio-sanitari, questi ultimi rimangono fortemente ancorati ad un sistema costituzionale e a leggi nazionali (si pensi per tutte alla l. n. 328/2000) che definiscono e disciplinano i servizi alla persona secondo le seguenti caratteristiche:

- essere vicini ai bisogni degli utenti
- rispettare la diversità dei servizi
- realizzare un alto livello qualitativo, di affidabilità e di sicurezza
- assicurare un equo trattamento e accesso universale.

Alla luce di quanto sopra espresso, ci sembra dunque molto importante che il decreto legislativo n. 59/2010 abbia ribadito l'esclusione del settore sociali e di quello sanitario - anche se non mancano le difficoltà applicative - dal novero dei servizi assoggettati alle regole del mercato. Tanto più sarà chiara l'esigenza del comparto socio-sanitario di vedersi riconosciuta una specificità collegata alla finalità perseguita e non tanto all'oggetto del servizio, quanto più risulterà agevolata la configurazione di servizi che non intendono sottrarsi alle regole generali, ma richiedono un adeguamento delle stesse alle loro peculiarità.

Il servizio di igiene urbana non rientra nel comparto socio-sanitario e, pertanto, è *naturaliter* attratto nella disciplina dei servizi pubblici locali che, in specie a seguito della l. n. 166/2009 (di riforma dei servizi pubblici locali), si fonda sul pilastro della contendibilità del mercato dei servizi. Il rapporto *diretto* con le cooperative sociali di inserimento lavorativo potrà, forse, allora stabilirsi tra l'aggiudicatario del servizio in oggetto (a seguito di procedura ad evidenza pubblica) e le cooperative sociali di tipo "B" che, eventualmente, potrebbero diventare parte integrante di una partnership che a livello locale si dovesse attivare per favorire l'integrazione socio-lavorativa di persone svantaggiate.

(pubblicato il 24.5.2010)

