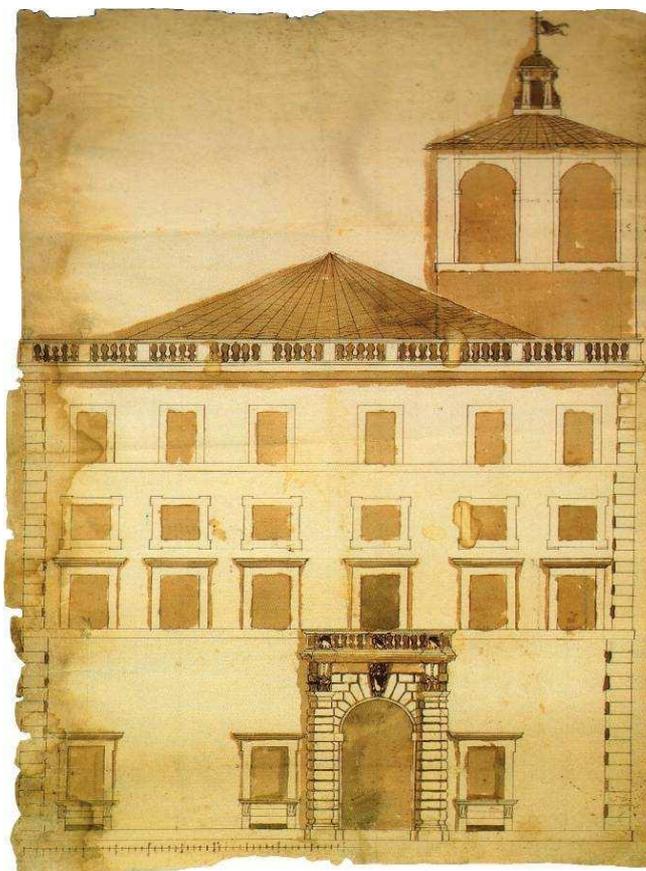


*Autorità per la vigilanza
sui contratti pubblici
di lavori, servizi e forniture*



*Documento di consultazione
“Linee guida per gli affidamenti a cooperative sociali ai
sensi dell’art. 5, comma 1, della legge n. 381/1991”*

Sommario

Premessa	3
1. Ambito di applicazione soggettivo	4
2. L'oggetto della convenzione	6
3. Il reinserimento lavorativo e la durata della convezione	8
4. La soglia	8
5. Le modalità di affidamento della convenzione	9
6. L'esecuzione delle prestazioni oggetto della convenzione	11
7. Verifiche in corso di esecuzione	12
8. Gli obblighi di comunicazione all'Autorità	12
9. Le diverse ipotesi degli appalti riservati e delle clausole sociali.....	13
9.1 Gli appalti riservati	13
9.2 Le clausole sociali	14

Premessa

L'art. 5, comma 1, della legge 8 novembre 1991, n. 381 prevede che gli enti pubblici possano stipulare convenzioni con le cd. cooperative sociali di tipo B, finalizzate alla fornitura di determinati beni e servizi (diversi da quelli socio-sanitari ed educativi) in deroga alla normativa di cui al d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti), purché detti affidamenti siano di importo inferiore alla soglia di rilevanza comunitaria.

La previsione, tesa alla promozione ed all'integrazione sociale, costituisce concreta attuazione di quanto stabilito dall'art. 45 della Costituzione, secondo cui la Repubblica riconosce la funzione sociale della cooperazione a carattere di mutualità e senza fini di speculazione privata e ne promuove e favorisce l'incremento con i mezzi più idonei assicurandone, con opportuni controlli, il carattere e le finalità.

Occorre rilevare, inoltre, che gli affidamenti in deroga alle cooperative sociali di tipo B si collocano in un contesto normativo, nazionale ed europeo, sempre più attento all'integrazione di aspetti sociali nell'ambito della contrattualistica pubblica.

La Commissione europea si è pronunciata più volte in materia, ponendo in rilievo, già nella comunicazione interpretativa del 15 ottobre 2001, le possibilità in tal senso offerte dal diritto comunitario¹.

Di recente, anche questa Autorità ha ribadito, con determinazione n. 7 del 24 novembre 2011, la rilevanza delle considerazioni sociali nell'utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più

¹ I diversi strumenti sono stati dettagliati dalle direttive appalti del 2004, che hanno previsto la possibilità di integrare i criteri sociali nelle specifiche tecniche, nei criteri di selezione, nei criteri di aggiudicazione e nelle condizioni di esecuzione dell'appalto, giungendo a prevedere la riserva di appalti, in presenza di determinate condizioni, a laboratori protetti o l'esecuzione nel contesto di programmi di lavoro protetti. Nell'ottobre 2010, inoltre, la Commissione ha pubblicato una *'Guida alla considerazione degli aspetti sociali negli appalti pubblici'* ribadendo, con indicazioni operative ed esempi, la possibilità di integrazione di aspetti sociali nelle procedure di affidamento di contratti pubblici anche nell'ottica di un'integrazione di tali strategie nel contesto della prossima riforma delle direttive appalti. Si ricorda, infine, la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni del 25 ottobre 2011, intitolata *'Iniziativa per l'imprenditoria sociale – Costruire un ecosistema per promuovere le imprese sociali al centro dell'economia e dell'innovazione sociale'*, che si inserisce nell'ambito della Strategia Europa 2020 e delle diverse iniziative correlate, definendo imprese sociali quelle per le quali l'obiettivo sociale o socio-culturale di interesse comune è la ragion d'essere dell'azione commerciale ed i cui utili sono principalmente reinvestiti nella realizzazione di tale obiettivo sociale.

vantaggiosa per l'aggiudicazione di contratti di servizi e forniture.

Il perseguimento delle finalità sociali è, nel caso di specie, attuato attraverso la previsione di un meccanismo di deroga alle procedure di aggiudicazione stabilite dal Codice dei contratti: la considerazione di aspetti sociali, dunque, non viene attuata tramite l'utilizzo delle ordinarie procedure di aggiudicazione, ma se ne discosta, in ragione della particolare attenzione che il legislatore ha riservato ad un 'particolare tipo di impresa'.

Poiché, dunque, la considerazione di criteri ed esigenze di carattere sociale non è incompatibile con la disciplina del Codice dei contratti e le procedure di evidenza pubblica, si rende necessario definire correttamente la portata e l'ambito di applicazione delle disposizioni derogatorie contenute nel comma 1 dell'art. 5 della legge n. 381/1991.

Attesa la rilevanza, anche costituzionale, delle disposizioni in esame, il presente documento di consultazione, riassuntivo delle criticità rilevate dall'Autorità, è stato predisposto, pertanto, al fine di favorire un'attuazione efficace dello strumento convenzionale, nel rispetto dei principi comunitari e nazionali sottesi agli affidamenti degli appalti pubblici, tenuto conto delle deroghe previste per il settore di riferimento. All'esito della presente consultazione, l'Autorità, sulla base delle osservazioni pervenute, valuterà l'opportunità di adottare linee guida applicative. Si chiede, quindi, di esprimere osservazioni sugli argomenti trattati, nonché di segnalare eventuali ulteriori difficoltà applicative.

1. Ambito di applicazione soggettivo

Possono stipulare le convenzioni *ex art. 5* della legge n. 381/1991 tutti gli enti pubblici, compresi quelli economici e le società a partecipazione pubblica.

Soggetti beneficiari delle convenzioni di inserimento lavorativo, per contro, sono esclusivamente le cd. cooperative sociali di tipo "B", come definite dall'art. 1, comma 1, lettera b).

La citata legge n. 381/1991 individua, infatti, due distinte tipologie di cooperative:

- cooperative di tipo A: nell'esercizio dell'attività di gestione dei servizi socio-sanitari ed educativi sono rivolte ad arrecare beneficio a persone bisognose di intervento in ragione dell'età, della condizione familiare, personale o sociale.

- cooperative di tipo B: svolgono attività diverse (agricole, industriali, commerciali o di servizi), finalizzate all'inserimento lavorativo di persone svantaggiate.

Le cooperative sociali di inserimento lavorativo, cioè quelle di tipo B, sono imprese. Tuttavia, in considerazione del duplice fine dalle medesime perseguito - abilitare al lavoro soggetti svantaggiati e produrre beni e servizi collocabili sul mercato - la legge n. 381/1991 ha introdotto alcune norme di favore, tra le quali si annovera anche la disposizione derogatoria relativa agli affidamenti di cui al primo comma dell'art. 5.

Le cooperative sociali di tipo B, ai fini dell'applicazione del comma in questione, devono possedere almeno il 30 per cento dei lavoratori (soci o non) costituito da persone svantaggiate, come prescritto dall'art. 4 della stessa legge.

Possono stipulare le convenzioni anche consorzi di cooperative sociali (art. 8), purché costituiti almeno al 70% da cooperative sociali ed a condizione che le attività convenzionate siano svolte esclusivamente da cooperative sociali di inserimento lavorativo.

L'iscrizione all'albo regionale, effettuata sulla base della ricorrenza di un insieme di elementi concernenti la capacità professionale ed economico finanziaria delle cooperative sociali, è condizione necessaria per la stipula delle convenzioni, per le cooperative sociali residenti aventi sede in Italia ed i loro consorzi (cfr. parere AVCP n. 40 del 2 aprile 2009).

Va precisato che, laddove tale albo non sia stato istituito, le cooperative sociali devono, comunque, attestare il possesso dei requisiti previsti dai citati articoli 1 e 4 della legge.

In base alle previsioni del comma 2 dell'art. 5, nel rispetto del principio di non discriminazione, possono richiedere di convenzionarsi con gli enti pubblici italiani anche analoghi operatori aventi sede negli altri Stati membri, che siano in possesso di requisiti equivalenti a quelli richiesti per l'iscrizione all'albo e siano iscritti nelle liste regionali di cui al comma 3 del medesimo articolo, con facoltà, in alternativa, di dare dimostrazione, mediante idonea documentazione, del possesso dei requisiti stessi (e, cioè, la presenza del 30% di persone svantaggiate nella compagine lavorativa).

Da ultimo, si rileva che le regioni devono rendere noti annualmente, attraverso la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea, i requisiti e le condizioni richiesti per la stipula delle convenzioni, nonché le liste regionali degli organismi che ne abbiano dimostrato il possesso alle competenti autorità regionali (art. 5, comma 3).

Le cooperative devono ovviamente possedere i requisiti di ordine speciale previsti dal Codice dei

contratti.

2. L'oggetto della convenzione

La convenzione è un atto giuridico negoziale, bilaterale o plurilaterale, con il quale la pubblica amministrazione ed una o più controparti definiscono reciproche finalità ed impegni, assunti con comune sottoscrizione. L'accordo in essa contenuto regola complessivamente il soddisfacimento integrale di un interesse pubblico.

In considerazione delle particolari finalità sociali che, da un lato, caratterizzano (ma non esauriscono) gli obiettivi della cooperativa sociale che richiede il convenzionamento e, dall'altro, legittimano l'amministrazione, che tali obiettivi condivide, a ricorrere al convenzionamento in deroga, il modello convenzionale è di natura 'bivalente', giacché presenta un oggetto 'complesso' inclusivo tanto della fornitura di beni e servizi, quanto della creazione di nuove opportunità di lavoro per soggetti svantaggiati riconducibili ad una delle categorie dell'art. 4 della legge n. 381/1991.

Tale doppia finalità della convenzione deve essere tenuta presente nella definizione della disciplina applicabile, in quanto interpretazioni o applicazioni dell'istituto che tendessero a fare prevalere uno qualunque dei due aspetti sull'altro, finirebbero indubbiamente per distorcere il dettato normativo e l'intento del legislatore.

Alla stipula della convenzione in deroga si addivene nel rispetto delle legislazioni regionali applicabili, le quali devono essere, tuttavia, coerenti con la legislazione nazionale.

In linea generale, ferme restando le limitazioni inerenti all'importo dell'affidamento, la scelta dell'ente pubblico di avvalersi della facoltà della deroga prevista dall'articolo 5 deve essere adeguatamente motivata nella convenzione medesima e la determina a contrarre, prevista dall'art. 11, comma 2 del Codice dei contratti, deve richiamare le finalità della convenzione.

Per altro verso, sebbene lo spettro delle attività che possono essere svolte dalle cooperative sociali di tipo B sia certamente più ampio (cfr. art. 1, comma 1, legge n. 381/1991), il primo comma dell'art. 5 si riferisce soltanto a "forniture di beni e servizi": ciò induce a ritenere che l'utilizzo del convenzionamento diretto debba concernere l'affidamento di servizi strumentali, cioè svolti in favore della pubblica amministrazione e riferibili ad esigenze strumentali della stessa, con

esclusione dei servizi pubblici locali (in tal senso, cfr. C.d.S., sez. V, 11 maggio 2010, n. 2829) o, comunque, erogati in favore dell'utenza.

L'Autorità, aderendo a tale indirizzo interpretativo (cfr. deliberazione AVCP n. 34 del 9 marzo 2011), ha escluso che l'istituto della convenzione diretta possa estendersi alle concessioni di servizio pubblico, per le quali la controprestazione consista nel diritto di gestire e di sfruttare economicamente il servizio (quali ad es. la gestione di un parcheggio o di un bar), secondo lo schema di cui dall'art. 30 del Codice dei contratti. Tuttavia, occorre precisare che l'attività delle cooperative di tipo B può riguardare servizi diversi da quelli strumentali, nell'ambito di specifici appalti, nel caso in cui il servizio all'utenza sia espletato direttamente dalla stazione appaltante.

Le forniture di beni e servizi oggetto della convenzione rientrano nella più generale fattispecie di contratto di appalto (cfr., sul punto, determinazione AVCP n. 4/2011).

In ragione della natura 'bivalente' della Convenzione, il ricorso al convenzionamento diretto presuppone, sempre e comunque, che ci sia la necessità da parte della stazione appaltante di acquisire servizi riconducibili alla lettera b) dell'art. 1 della legge n. 381/1991 e che l'importo di ciascun affidamento sia effettivamente contenuto entro la soglia di rilevanza comunitaria.

In questi termini, l'inciso contenuto alla fine del comma 1 dell'art. 5 – a mente del quale le convenzioni sono *“finalizzate a creare opportunità di lavoro per le persone svantaggiate di cui all'art. 4, comma 1”*, deve essere correttamente inteso. Ed infatti, la finalità indicata, che è inserita nel contesto della legge n. 381/1991, da un lato, riprende la previsione dell'art. 1 della medesima legge, che specifica che è scopo delle cooperative sociali quello di perseguire l'interesse generale della comunità alla promozione umana e all'integrazione sociale dei cittadini; dall'altro, costituisce una delle condizioni per l'ammissibilità dello strumento della convenzione in deroga alla disciplina in materia di contratti della pubblica amministrazione. Pertanto, mentre il perseguimento della finalità sociale costituisce lo scopo della cooperativa che offre il servizio, dal punto di vista dell'amministrazione – stazione appaltante tale finalità non è esclusiva.

Ciò posto, la convenzione dovrà comunque riservare adeguata attenzione al profilo del reinserimento lavorativo (si veda, in proposito, il paragrafo successivo) che, inoltre, deve essere attentamente monitorato sia in termini quantitativi che qualitativi, secondo modalità di controllo dettagliatamente previste nella convenzione.

3. Il reinserimento lavorativo e la durata della convezione

Sebbene l'aspetto del reinserimento lavorativo non sia chiaramente disciplinato dalla legge n. 381/1991, si registra nella prassi l'utilizzo di programmi di reinserimento personalizzati per ciascun soggetto svantaggiato che presti servizio nell'ambito dell'appalto affidato con convezione *ex art. 5*. Sicché occorre chiarire cosa deve intendersi per "reinserimento lavorativo". In proposito, occorre evidenziare che i relativi percorsi dovrebbero, ove possibile, avere l'effetto di consentire ai soggetti interessati di potersi collocare autonomamente nel mercato del lavoro.

La finalità del reinserimento lavorativo deve essere coniugata con la necessità che la durata delle convenzioni non superi un limite temporale ragionevole, avuto riguardo per l'oggetto della convezione medesima. Le amministrazioni, pertanto, dovranno definire adeguatamente la durata delle convenzioni, affinché non sia di fatto preclusa ad altre cooperative la possibilità di presentare domanda di convenzionamento.

4. La soglia

Come rilevato, il convenzionamento diretto è legittimo per contratti al di sotto dell'importo di rilevanza comunitaria. La previsione del primo comma dell'art. 5 è stata modificata dall'art. 20 della legge 6 febbraio 1996, n. 52, in seguito all'avvio, da parte della Commissione europea, di una procedura di infrazione a carico dell'Italia per violazione dei principi comunitari concernenti la libera concorrenza ed il mercato, in quanto la disposizione originaria non prevedeva alcuna limitazione per l'applicazione della deroga.

Con riferimento agli affidamenti di importo superiore alle soglie comunitarie è stata, invece, contemplata, con un nuovo quarto comma, la possibilità di inserire nei bandi di gara e nei capitolati d'oneri, fra le condizioni di esecuzione, quella di eseguire il contratto con impiego di persone svantaggiate (di cui all'art. 4, comma 1 della legge) e con l'adozione di specifici programmi di recupero e di reinserimento lavorativo.

La limitazione dell'utilizzo della convezione per affidamenti di importo inferiore alle soglie comunitarie è, quindi, strettamente connessa al rispetto dei principi indicati dall'art. 2 del Codice dei contratti.

Il rinvio alle soglie comunitarie operato dalla legge n. 381/1991 ha natura dinamica e, pertanto, è

attualmente riferito alle soglie previste dal Regolamento (UE) n. 1251/2011 della Commissione del 30 novembre 2011.

Inoltre, la natura dinamica del rinvio induce a ritenere che sia applicabile agli affidamenti in parola il metodo comunitario di calcolo del valore stimato dell'appalto, come recepito dall'art. 29 del Codice dei contratti; quest'ultimo disciplina anche i contratti che presentano carattere di regolarità o che sono destinati ad essere rinnovati entro un determinato periodo.

5. Le modalità di affidamento della convenzione

L'affidamento della convenzione avviene in via diretta ai soggetti in possesso dei requisiti previsti (procedura negoziata senza bando di gara), alla luce della deroga espressa alle procedure di aggiudicazione previste dal Codice dei contratti, se di importo inferiore alla soglia comunitaria.

Dal tenore letterale del comma 1 dell'art. 5 della legge n. 381/1991 e dal rinvio ivi contenuto alle soglie comunitarie, emerge, peraltro, che l'ambito della deroga al Codice dei contratti è limitato alle sole procedure di aggiudicazione: pertanto, le convenzioni stipulate ai sensi dell'art. 5, comma 1 - e gli affidamenti ad esse conseguenti - sono soggetti alla disciplina del Codice dei contratti e del Regolamento attuativo (d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207) sia per quanto attiene ai requisiti di partecipazione ed alle specifiche tecniche sia per l'esecuzione delle prestazioni, nonché con riguardo agli obblighi di comunicazione nei confronti dell'Autorità.

In ordine alle modalità di affidamento della convenzione, occorre ricordare quanto evidenziato dalla giurisprudenza (T.A.R. Lazio Roma Sez. III *quater*, 9 dicembre 2008, n. 11093) secondo cui non può ammettersi che l'utilizzo dello strumento della convenzione possa consentire una completa deroga al generale obbligo di confronto concorrenziale: infatti, in caso di utilizzo di risorse pubbliche per l'individuazione di un soggetto privato a cui affidare lo svolgimento dei servizi per la pubblica amministrazione, occorre, comunque, il ricorso ad un confronto nel rispetto dei principi generali della trasparenza e della *par condicio*. Detto obiettivo potrebbe essere raggiunto dalle pubbliche amministrazioni mediante la stipula di una convenzione con più cooperative ed affidando la specifica commessa solo dopo aver proceduto ad un confronto tra le diverse offerte o soluzioni presentate dagli operatori della convenzione.

Potrebbe essere, altresì, opportuno che, in presenza di una pluralità di cooperative insistenti sul

medesimo territorio o comunque interessate all'affidamento - e, dunque, in presenza di una pluralità di domande di convenzionamento - le amministrazioni, in applicazione dei generali principi di buona amministrazione, economicità, efficacia e trasparenza (oltre che, in alcuni casi, di specifiche disposizioni di legge regionale) promuovano una procedura competitiva di tipo negoziato tra i soggetti che hanno presentato le domande di convenzionamento, che tenga in adeguata considerazione sia gli obiettivi di inserimento sociale sia lo svolgimento dei servizi o delle forniture di cui l'amministrazione necessita.

Detta procedura potrebbe ricalcare l'*iter* del cottimo fiduciario (di cui all'art. 125 del Codice dei contratti), ove siano presenti più soggetti (si veda al riguardo la determinazione AVCP n. 2/2011).

Fino a € 40.000 si può procedere all'affidamento diretto.

Una simile soluzione, del resto, oltre ad essere auspicabile in considerazione della natura bivalente della convenzione, che deve in ogni caso osservare anche criteri di economicità ed efficacia, risponde agli interessi delle stesse cooperative alle quali, attesa la natura imprenditoriale, deve essere garantito il diritto ad un trasparente confronto competitivo sia quando operano nel mercato sia quando si trovano ad offrire i loro servizi in un contesto 'protetto' e potenzialmente riservato, come è nel caso di convenzionamento diretto.

Per le medesime ragioni, anche in caso di affidamenti di valore inferiore alle soglie comunitarie, eventuali limitazioni territoriali - che configurassero il possesso della sede legale nel territorio comunale come condizione ostativa all'accesso al confronto concorrenziale - possono porsi in contrasto con il principio di parità di trattamento di cui all'articolo 3 della Costituzione e con la normativa comunitaria, come già rilevato dall'Autorità (si vedano, tra le più recenti, le determinazioni n. 5/2010 e n. 45/2010 e, con specifico riferimento agli affidamenti di valore inferiore alle soglie comunitarie, il comunicato del Presidente dell'Autorità del 20 ottobre 2010 'Bandi di gara e limitazioni di carattere territoriale').

Si rileva, tuttavia, che nel preferire, per l'affidamento del servizio, la cooperativa avente sede legale nel territorio di riferimento, le stazioni appaltanti agiscono, in alcuni casi, sulla base di espresse previsioni dettate da leggi regionali. In materia, si segnala un orientamento giurisprudenziale - non univoco- secondo il quale la normativa regionale, in tali casi, andrebbe interpretata nel senso di consentire all'amministrazione locale interessata, in caso di parità sostanziale delle offerte intervenute, di preferire quella proveniente dal soggetto avente maggiore vicinanza rispetto ai

luoghi dove il servizio deve essere svolto. Secondo un distinto orientamento, inoltre, nella fase di invito sarebbe legittimo esercitare una preferenza per le imprese aventi sede nel territorio, mentre non sarebbe legittima l'esclusione di una impresa già invitata. Tali interpretazioni non sembrano sufficienti a superare i dubbi di coerenza delle richiamate disposizioni regionali, che andrebbero, pertanto, emendate in senso conforme ai principi costituzionali e comunitari applicabili.

6. L'esecuzione delle prestazioni oggetto della convenzione

Mentre la stipula e la scelta del contraente possono avvenire anche in deroga alla disciplina del Codice dei contratti e del Regolamento, la fase dell'esecuzione delle prestazioni oggetto di convenzione resta invece sottoposta a tutte le norme applicabili e, in particolare, alle disposizioni che regolano gli appalti di servizi e forniture sotto soglia. Il riferimento è alle nuove disposizioni introdotte, al riguardo, dal d.P.R. n. 207/2010, che ha scandito in modo dettagliato le fasi dell'esecuzione (avvio, sospensione dell'esecuzione, verifica di conformità in corso di esecuzione e definitiva) e disciplinato, oltre alle penali a carico dell'esecutore da prevedere nel contratto per le ipotesi di ritardato adempimento, la figura del direttore dell'esecuzione, nonché l'istituto delle varianti in corso di esecuzione.

In applicazione della regola generale enunciata all'art. 121 del Codice dei contratti - secondo cui agli appalti sotto soglia si applicano tutte le norme dettate per quelli di importo superiore, ove non espressamente derogate - le menzionate previsioni del Regolamento trovano applicazione anche gli appalti oggetto di convenzionamento diretto. Questa interpretazione trova conferma anche nell'art. 325 del Regolamento, che, nel disciplinare l'attestazione di regolare esecuzione introduce una possibilità di deroga espressa per le prestazioni contrattuali di importo inferiore alle soglie comunitarie, per le quali è consentito alla stazione appaltante - qualora non ritenga necessario conferire l'incarico di verifica di conformità - seguire una procedura più snella che prevede una semplice attestazione di regolare esecuzione.

7. Verifiche in corso di esecuzione

Come già evidenziato, la condizione che determina la possibilità di ricorrere agli affidamenti in deroga alla disciplina dei contratti pubblici è quella che la cooperativa di tipo B sia iscritta al registro regionale di cui all'art. 9 della legge n. 381/1991, sul presupposto che sia accertato il rispetto di quanto previsto dall'art. 4 comma 2 della medesima legge. E' necessario che, nell'ambito della verifica di conformità in corso di esecuzione, la stazione appaltante accerti la persistenza della predetta condizione e - in caso di esito negativo - adotti le conseguenti determinazioni (risoluzione della convenzione e dei contratti conseguentemente stipulati, comunicazione all'albo ai fini della cancellazione).

L'esecuzione del contratto dovrà avvenire nel rispetto delle disposizioni contenute nella Parte IV, Titolo III, del Regolamento (artt. 297-325). Inoltre, in considerazione del fatto che la deroga alla regola dell'evidenza pubblica può giustificarsi solo in relazione all'obiettivo di generare nuova occupazione per i soggetti svantaggiati, dovrà essere verificato in corso di esecuzione, ove possibile e secondo le specifiche esigenze del caso, che la cooperativa impieghi per l'esecuzione dell'appalto di un numero minimo di persone svantaggiate, pari almeno al 30% del personale che esegue le prestazioni previste in convenzione.

8. Gli obblighi di comunicazione all'Autorità

I singoli affidamenti in convenzione diretta sono soggetti agli obblighi di comunicazione all'Autorità, così come chiarito con comunicato del Presidente del 27 luglio 2010. La convenzione medesima, stipulata a seguito di affidamento diretto o di procedura negoziata, è soggetta ad obblighi di comunicazione, quantomeno per ciò che attiene all'acquisizione del CIG, alla stessa stregua di ciò che avviene attualmente per le comunicazioni afferenti la stipulazione di accordi quadro. Le comunicazioni vanno effettuate secondo le soglie e le procedure indicate nei comunicati del Presidente dell'Autorità del 4 aprile 2008 e del 14 dicembre 2010, n. 296) così come rettificati dal Comunicato del 15 luglio 2011 in relazione all'aumento della soglia per l'affidamento diretto da 20.000 e 40.000 euro.

9. Le diverse ipotesi degli appalti riservati e delle clausole sociali

9.1 Gli appalti riservati

Gli affidamenti in deroga alle cooperative di tipo B devono essere distinti dai cd. appalti riservati cui all'art. 52 del Codice dei contratti.

Come chiarito dall'Autorità nella determinazione n. 2 del 23 gennaio 2008, ai sensi del citato art. 52, le stazioni appaltanti hanno la facoltà di riservare la partecipazione, in relazione a singoli appalti, o in considerazione dell'oggetto di determinati appalti, a laboratori protetti, oppure riservarne l'esecuzione nel contesto di programmi di lavoro protetti, quando la maggioranza dei lavoratori interessati è composta di disabili. E' stata, pertanto, introdotta una deroga alle condizioni normali di concorrenza in favore di soggetti giuridici e di programmi che promuovono l'integrazione o la reintegrazione dei disabili nel mercato del lavoro.

Nella determinazione è stato affrontato il problema dell'assenza di coordinamento tra l'articolo 52 e la legislazione nazionale vigente relativa alle cooperative sociali e alle imprese sociali, che è espressamente fatta salva dalla citata norma e, in particolare, con la citata legge n. 381/1991.

L'Autorità ha ritenuto che la clausola di salvaguardia posta all'inizio dell'articolo 52 (*“fatte salve le norme vigenti sulle cooperative sociali e sulle imprese sociali”*) stia ad indicare che le due discipline - quella dell'articolo 52 del Codice e quella della legge n. 381/1991- si muovono in ambiti distinti.

Le cooperative sociali, infatti, diversamente da quanto richiesto per la figura del laboratorio protetto, svolgono attività finalizzate all'inserimento lavorativo di “persone svantaggiate” e non solo “disabili” e devono possedere un organico costituito almeno per il 30% da persone disagiate e non già la maggioranza di lavoratori disabili, come invece è richiesto per il laboratorio protetto. Pertanto, pur essendo entrambe le disposizioni (articolo 52 del Codice dei contratti e legge n. 381/1991) finalizzate al perseguimento di fini sociali, dall'analisi della normativa emerge che le due figure – laboratorio protetto/programmi di lavoro protetti e cooperativa sociale – non coincidono. Quanto rilevato, tuttavia, non impedisce alle cooperative sociali di cui all'articolo 1, lettera b), della legge n. 381/1991 di essere riconosciute anche come laboratori protetti/programmi di lavoro protetti, ma anzi, data l'autonomia normativa degli ambiti di applicazione, ne deriva che esse, come d'altronde ogni altro soggetto giuridico, secondo le indicazioni fornite dalla determinazione

dell'Autorità n.2/2008 possono accreditarsi quali laboratori protetti o operare nell'ambito di programmi di lavoro protetti ed avvalersi della riserva di cui all'articolo 52, a condizione che possiedano i requisiti a tal fine richiesti.

Occorre, infine, precisare che la proposta di revisione della legislazione comunitaria sugli appalti pubblici (COM(2011) 896), attualmente oggetto di negoziato, potrebbe incidere sulle richiamate previsioni, in quanto, modificando la vigente disposizione della direttiva 2004/18/CE (art. 19), riduce l'indicato requisito della maggioranza dei lavoratori - richiesto per il riconoscimento del laboratorio protetto (cfr. art. 17 della proposta), stabilendo che *“gli Stati membri possono riservare il diritto di partecipazione alle procedure di appalto a laboratori protetti e ad operatori economici il cui scopo principale sia l'integrazione sociale e professionale dei lavoratori con disabilità e lavoratori svantaggiati o riservarne l'esecuzione nel contesto di programmi di lavoro protetti quando oltre il 30% dei lavoratori dei suddetti laboratori, operatori economici o programmi sia composto da persone con disabilità o da lavoratori svantaggiati”*.

9.2 Le clausole sociali

Gli affidamenti alle cooperative sociali devono essere altresì tenuti distinti dall'applicazione delle cd. clausole sociali, di cui all'articolo 69 del Codice dei contratti. Quest'ultimo stabilisce che *“le stazioni appaltanti possono esigere condizioni particolari per l'esecuzione del contratto, 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'onere. Dette condizioni possono attere, in particolare, a esigenze sociali o ambientali”*.

Parimenti, ex articolo 5 comma 4 della legge n. 381/1991, *“per le forniture di beni o servizi diversi da quelli socio-sanitari ed educativi, il cui importo stimato al netto dell'IVA sia pari o superiore agli importi stabiliti dalle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici, gli enti pubblici compresi quelli economici, nonché le società di capitali a partecipazione pubblica, nei bandi di gara di appalto e nei capitolati d'onere possono inserire, fra le condizioni di esecuzione, l'obbligo di eseguire il contratto con l'impiego delle persone svantaggiate di cui all'articolo 4, comma 1, e*

con l'adozione di specifici programmi di recupero e inserimento lavorativo. La verifica della capacità di adempiere agli obblighi suddetti, da condursi in base alla presente legge, non può intervenire nel corso delle procedure di gara e comunque prima dell'aggiudicazione dell'appalto".

Le clausole sociali devono, comunque, essere compatibili con il diritto comunitario ed in particolare con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità. Compatibilità, questa, che si configura, secondo il 33° considerando della direttiva 2004/18/CE, “*a condizione che non siano, direttamente o indirettamente, discriminatorie e siano indicate nel bando di gara o nel capitolato d'oneri*”.

Proprio al fine di valutare tale compatibilità, l'articolo 69, comma 3, del Codice dei contratti ha previsto la possibilità per le stazioni appaltanti di richiedere all'Autorità un pronunciamento su tale aspetto delle clausole del bando contemplanti “particolari condizioni di esecuzione del contratto”, al fine di evitare, come evidenziato dal Consiglio di Stato in sede di parere sul Codice (n. 355/2006), che tali clausole incidano negativamente sulle condizioni di concorrenzialità del mercato “in modo tale da discriminare o pregiudicare alcune categorie di imprenditori, determinando così un'incompatibilità delle previsioni del bando o dell'invito con il diritto comunitario”. Sulla base di quanto previsto dall'articolo 69, comma 3, l'Autorità svolge un'attività di indirizzo sulla corretta applicabilità delle clausole sociali.