



Autorità Nazionale Anticorruzione

*Linee guida per l'affidamento di servizi
a enti del terzo settore e alle cooperative sociali*

Documento di consultazione

Sommario

Il terzo settore	3
Le ragioni dell'intervento	3
I servizi sociali e sanitari.....	4
Le convenzioni con le associazioni di volontariato	6
L'acquisto di servizi e prestazioni dagli organismi no-profit	7
Le sovvenzioni.....	8
L'affidamento della gestione dei servizi	8
Le procedure per l'acquisto e l'affidamento di servizi sociali agli enti no-profit	11
a) <i>La programmazione</i>	11
b) <i>Requisiti di partecipazione</i>	12
c) <i>Apertura alla concorrenza</i>	13
d) <i>Controlli</i>	15
e) <i>Proroghe e rinnovi</i>	15
Le cooperative sociali.....	16
Premessa.....	16
Gli affidamenti alle cooperative sociali.....	18
Applicazione dell'art. 5 l. 381/1991	21
a) <i>Soggetti beneficiari delle convenzioni ex art. 5, comma 1, l. 381/1991</i>	21
b) <i>L'attività oggetto di esenzione</i>	22
c) <i>La durata dell'affidamento</i>	22
d) <i>Il calcolo della soglia</i>	23
e) <i>La procedura di affidamento</i>	23
f) <i>Gli appalti riservati ai sensi dell'art. 52 d.lgs. n. 163/2006</i>	24
g) <i>Verifiche in corso di esecuzione</i>	25
h) <i>Gli obblighi di comunicazione all'Autorità</i>	25

Il terzo settore

Le ragioni dell'intervento

Il terzo settore rappresenta attualmente in Italia un'importante realtà sia sotto il profilo occupazionale sia sotto il profilo sociale per l'erogazione di servizi di interesse generale. Il panorama dei soggetti che operano in tale ambito è molto variegato, l'ISTAT, infatti, ha censito nel corso del 2011 oltre 300.000 organizzazioni no-profit, che ricorrono alle prestazioni di 4,7 milioni di volontari, 681 mila dipendenti, 271 mila lavoratori esterni e 5 mila lavoratori temporanei. L'89% delle istituzioni no-profit è costituita in forma di associazione (201 mila associazioni non riconosciute e 68 mila riconosciute, ossia dotate di personalità giuridica); le cooperative sociali sono circa 11 mila (il 3,7%), le fondazioni 6 mila (il 2,1%) e le altre forme giuridiche circa 14 mila (il 4,8%), rappresentate principalmente da enti ecclesiastici civilmente riconosciuti, comitati, società di mutuo soccorso, istituzioni sanitarie o educative. Per quanto riguarda in particolare le cooperative sociali, alla data del censimento (31.12.2011), risultano attive circa il 60% del totale; pur rappresentando meno del 4% del totale delle istituzioni no-profit, le cooperative assorbono circa il 38% dei lavoratori dipendenti e dei collaboratori esterni. Secondo la rilevazione Istat il 60,7% delle cooperative sociali è di tipo A, il 30,8% è di tipo B, mentre il 4,9% è costituito da cooperative miste e il 3,6% da consorzi.

La normativa di settore si presenta molto frastagliata e ciò rende difficile trattare in maniera unitaria l'intero settore. Al fine di riconoscere a tutti i soggetti del terzo settore una veste giuridica unitaria, il Governo ha presentato un disegno di legge recante le linee guida per una revisione organica della disciplina riguardante il terzo settore (d.d.l. n.1870 approvato alla Camera dei deputati il 9.4.2015). Più precisamente, tra gli obiettivi di tale provvedimento vi è innanzitutto quello di costruire un nuovo Welfare partecipativo, valorizzando le potenzialità di crescita e occupazione insite nell'economia sociale e nelle attività svolte dal terzo settore; poi quello di premiare in modo sistematico con adeguati incentivi e strumenti di sostegno tutti i comportamenti donativi o comunque pro-sociali dei cittadini e delle imprese, finalizzati a generare coesione e responsabilità sociale.

Per raggiungere tali obiettivi il disegno di legge in esame prevede, tra l'altro, il conferimento della delega al Governo, per il riordino e la disciplina del terzo settore mediante la redazione di un codice per la raccolta ed il coordinamento delle relative disposizioni, nel rispetto di specifici principi e criteri direttivi (art. 4), tra cui «valorizzare il ruolo degli enti nella fase di programmazione, a livello territoriale, relativa anche al sistema integrato di interventi e servizi socio-assistenziali nonché di tutela e valorizzazione del patrimonio culturale, paesaggistico e ambientale e individuare criteri e modalità per l'affidamento agli enti dei servizi d'interesse generale, improntati al rispetto di standard di qualità e impatto sociale del servizio, obiettività, trasparenza e semplificazione, nonché criteri e modalità per la valutazione dei risultati ottenuti». Manca, tuttavia, nel disegno di legge in argomento il riferimento espresso alla necessità di coordinare l'emaneata disciplina generale con la normativa dell'Unione Europea e quella nazionale dettata dal d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 (di seguito Codice) in materia di affidamento dei servizi pubblici.

Le presenti linee guida si prefiggono lo scopo di fornire indicazioni operative alle amministrazioni aggiudicatrici e agli operatori del settore al fine di addivenire ad aggiudicazioni rispettose della normativa di settore e della normativa nazionale e comunitaria in materia di affidamenti di contratti pubblici.

I servizi sociali e sanitari

La Legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali n. 328/2000 prevede all'art. 1 che «La Repubblica assicura alle persone e alle famiglie un sistema integrato di interventi e servizi sociali¹, promuove interventi per garantire la qualità della vita, pari opportunità, non discriminazione e diritti di cittadinanza, previene, elimina o riduce le condizioni di disabilità, di bisogno e di disagio individuale e familiare, derivanti da inadeguatezza di reddito, difficoltà sociali e condizioni di non autonomia, in coerenza con gli articoli 2, 3 e 38 della Costituzione. Inoltre, prevede che la programmazione e l'organizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali compete agli enti locali, alle regioni ed allo Stato secondo i principi di sussidiarietà, cooperazione, efficacia, efficienza ed economicità, omogeneità, copertura finanziaria e patrimoniale, responsabilità ed unicità dell'amministrazione, autonomia organizzativa e regolamentare degli enti locali».

L'individuazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali è stata operata dall'art. 22 della medesima legge. In base al comma 1, il sistema si realizza mediante politiche e prestazioni coordinate nei diversi settori della vita sociale, integrando servizi alla persona e al nucleo familiare con eventuali misure economiche, e la definizione di percorsi attivi volti ad ottimizzare l'efficacia delle risorse, impedire sovrapposizioni di competenze e settorializzazione delle risposte².

Le Regioni devono nelle loro leggi regionali garantire almeno l'erogazione delle seguenti prestazioni³:

¹ Ai sensi dell'art. 128 del d.lgs. 112/1998 per "servizi sociali" si intendono tutte le attività relative alla predisposizione ed erogazione di servizi, gratuiti ed a pagamento, o di prestazioni economiche destinate a rimuovere e superare le situazioni di bisogno e di difficoltà che la persona umana incontra nel corso della sua vita, escluse soltanto quelle assicurate dal sistema previdenziale e da quello sanitario, nonché quelle assicurate in sede di amministrazione della giustizia.

² I servizi erogabili, tenuto conto dei limiti relativi alle risorse disponibili sono, in base al comma 2:

- a) misure di contrasto della povertà e di sostegno al reddito e servizi di accompagnamento, con particolare riferimento alle persone senza fissa dimora;
- b) misure economiche per favorire la vita autonoma e la permanenza a domicilio di persone totalmente dipendenti o incapaci di compiere gli atti propri della vita quotidiana;
- c) interventi di sostegno per i minori in situazioni di disagio tramite il sostegno al nucleo familiare di origine e l'inserimento presso famiglie, persone e strutture comunitarie di accoglienza di tipo familiare e per la promozione dei diritti dell'infanzia e dell'adolescenza;
- d) misure per il sostegno delle responsabilità familiari, ai sensi dell'articolo 16, per favorire l'armonizzazione del tempo di lavoro e di cura familiare;
- e) misure di sostegno alle donne in difficoltà per assicurare i benefici disposti dal regio decreto-legge 8 maggio 1927, n. 798, convertito dalla legge 6 dicembre 1928, n. 2838, e dalla legge 10 dicembre 1925, n. 2277, e loro successive modificazioni, integrazioni e norme attuative;
- f) interventi per la piena integrazione delle persone disabili ai sensi dell'articolo 14; realizzazione, per i soggetti di cui all'articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, dei centri socio-riabilitativi e delle comunità-alloggio di cui all'articolo 10 della citata legge n. 104 del 1992, e dei servizi di comunità e di accoglienza per quelli privi di sostegno familiare, nonché erogazione delle prestazioni di sostituzione temporanea delle famiglie;
- g) interventi per le persone anziane e disabili per favorire la permanenza a domicilio, per l'inserimento presso famiglie, persone e strutture comunitarie di accoglienza di tipo familiare, nonché per l'accoglienza e la socializzazione presso strutture residenziali e semiresidenziali per coloro che, in ragione della elevata fragilità personale o di limitazione dell'autonomia, non siano assistibili a domicilio;
- h) prestazioni integrate di tipo socio-educativo per contrastare dipendenze da droghe, alcol e farmaci, favorendo interventi di natura preventiva, di recupero e reinserimento sociale;
- i) informazione e consulenza alle persone e alle famiglie per favorire la fruizione dei servizi e per promuovere iniziative di auto-aiuto.

³ Un importante contributo all'armonizzazione delle diverse normative regionali, almeno per quanto concerne le classificazioni adottate è rappresentato dal "Nomenclatore interregionale degli interventi e dei servizi sociali", adottato dalla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome il 29 ottobre 2009.

- a) servizio sociale professionale e segretariato sociale per informazione e consulenza al singolo e ai nuclei familiari;
- b) servizio di pronto intervento sociale per le situazioni di emergenza personali e familiari;
- c) assistenza domiciliare;
- d) strutture residenziali e semiresidenziali per soggetti con fragilità sociali;
- e) centri di accoglienza residenziali o diurni a carattere comunitario.

La norma prevede, in attuazione dell'art. 118, ultimo comma della Costituzione e sulla base del principio di sussidiarietà, che gli enti locali, le regioni e lo Stato, nell'ambito delle rispettive competenze, riconoscono e agevolano il ruolo degli organismi del terzo settore nell'organizzazione e nella gestione del sistema integrato di interventi e servizi sociali, specificando che «Alla gestione e all'offerta dei servizi provvedono soggetti pubblici nonché, 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».

La legge quadro 328/2000 prevede, inoltre, che le regioni, sulla base di un atto di indirizzo e coordinamento del Governo adottino specifici indirizzi per regolamentare i rapporti tra enti locali e terzo settore, con particolare riferimento ai sistemi di affidamento dei servizi alla persona. Il provvedimento in questione è stato adottato con il d.p.c.m. 30 marzo 2001 recante «Atto di indirizzo e coordinamento sui sistemi di affidamento dei servizi alla persona previsti dall'art. 5 della legge 8 novembre 2000 n. 328». Il decreto fornisce indirizzi per la regolazione dei rapporti tra Comuni e loro forme associative con i soggetti del terzo Settore⁴ ai fini dell'affidamento dei servizi alla persona, nonché per la valorizzazione del loro ruolo nella attività di programmazione e progettazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali. Il provvedimento stabilisce che le Regioni adottano specifici indirizzi per: promuovere il miglioramento della qualità dei servizi e degli interventi anche attraverso la definizione di specifici requisiti di qualità; favorire la pluralità di offerta dei servizi e delle prestazioni, nel rispetto dei principi di trasparenza e semplificazione amministrativa; favorire l'utilizzo di forme di aggiudicazione o negoziali che consentano la piena espressione della capacità progettuale ed organizzativa dei soggetti del terzo settore; favorire forme di co-progettazione promosse dalle amministrazioni pubbliche interessate, che coinvolgano attivamente i soggetti del terzo settore per l'individuazione di progetti sperimentali ed innovativi al fine di affrontare specifiche problematiche sociali⁵; definire adeguati processi di consultazione con i soggetti del terzo settore e con i loro organismi rappresentativi riconosciuti come parte sociale.

Il d.p.c.m. prevede che i rapporti tra gli enti affidanti e i soggetti del terzo settore intervengano secondo il modello convenzionale per i rapporti con le associazioni di volontariato (art. 3) e per l'acquisto di servizi e prestazioni da parte dei soggetti del terzo settore (art. 5), o mediante contratti per l'affidamento della gestione dei servizi sociali (art. 6). Il decreto regola anche la procedura della cosiddetta co-progettazione, per interventi aventi carattere innovativo e sperimentale.

⁴ L'art. 2 del decreto stabilisce che «ai fini del presente atto si considerano soggetti del terzo settore: le organizzazioni di volontariato, le associazioni e gli enti di promozione sociale, gli organismi della cooperazione, le cooperative sociali, le fondazioni, gli enti di patronato, altri soggetti privati non a scopo di lucro».

⁵ L'art. 11 della legge 328/2000 stabilisce al quarto comma che le regioni disciplinano le modalità per il rilascio da parte dei comuni ai soggetti di cui all'art. 1, comma 5, della legge su richiamata, delle autorizzazioni all'erogazione dei servizi sperimentali e innovativi per un periodo massimo di tre anni, in deroga ai requisiti di cui al comma 1 (autorizzazione rilasciata dai comuni ai servizi e alle strutture a ciclo residenziale e semiresidenziale gestite da soggetti pubblici o dai soggetti del terzo settore)

Le convenzioni con le associazioni di volontariato

L'art. 3 del d.p.c.m. 30 marzo 2001 prevede che le regioni e i comuni valorizzano l'apporto del volontariato⁶ nel sistema di interventi e servizi, ciò può esplicitarsi in due forme: come espressione organizzata di solidarietà sociale, autoaiuto e reciprocità; come strumento di collaborazione nell'attuazione di interventi complementari a servizi che richiedono un'organizzazione complessa e altre attività compatibili con la natura e le finalità del volontariato. A tal fine, è previsto che gli enti pubblici stabiliscano forme di collaborazione con le organizzazioni di volontariato avvalendosi dello strumento della convenzione di cui alla legge n. 266/1991 – Legge quadro sul volontariato. In particolare, l'art. 7 della legge 266/1991 stabilisce che lo Stato, le regioni, le province autonome, gli enti locali e gli altri enti pubblici possono stipulare convenzioni con le organizzazioni di volontariato iscritte da almeno sei mesi nei registri di cui all'art. 6 e che dimostrino attitudine e capacità operativa. Con la precisazione che le convenzioni devono prevedere forme di verifica delle prestazioni e di controllo della loro qualità nonché le modalità di rimborso delle spese.

A sua volta, l'art. 6 per l'individuazione dei requisiti necessari per l'iscrizione nel registro delle associazioni di volontariato, rimanda alle disposizioni contenute nell'art. 3, che prevedono, tra l'altro, la possibilità di assumere lavoratori dipendenti o avvalersi di prestazioni di lavoro autonomo esclusivamente nei limiti necessari al regolare funzionamento dell'organizzazione oppure occorrenti a qualificare o specializzare l'attività da esse svolta (comma 4) e che le organizzazioni svolgano le attività di volontariato mediante strutture proprie o, nelle forme e nei modi previsti dalla legge, nell'ambito di strutture pubbliche o con queste convenzionate.

L'art. 5 della legge quadro in esame dispone, altresì, che le organizzazioni di volontariato traggono le risorse economiche da «rimborsi derivanti da convenzioni» e da «entrate derivanti da attività commerciali e produttive marginali».

Pertanto, il corrispettivo reso dalle istituzioni pubbliche che si avvalgono di associazioni di volontariato deve necessariamente limitarsi, nel caso di convenzioni, esclusivamente al rimborso delle spese effettivamente sostenute per la prestazione del servizio, che, solo nei casi eccezionali disciplinati dall'art. 3 della legge sul volontariato, possono comprendere la corresponsione di una retribuzione per l'attività lavorativa svolta. La giurisprudenza ha sostenuto che nel concetto di rimborso spese non possono ricadere forme di remunerazione preordinata o forfettaria (si veda per tutte la Sentenza della Corte di Giustizia UE del 29 novembre 2007, causa C-119/06) e che il rimborso deve limitarsi esclusivamente ai costi effettivamente sostenuti per la prestazione del servizio.

Al riguardo la Corte di Giustizia, nella sentenza “Spezzino” - riconoscendo la natura di appalto dell'affidamento del servizio di trasporto sanitario, anche nel caso di mero rimborso spese, e la compatibilità della normativa nazionale in materia di volontariato con la normativa comunitaria in materia di appalti - ha sostenuto la necessità che, «nel loro intervento, le associazioni di volontariato non perseguano obiettivi diversi da quelli ... [propri], che non traggano alcun profitto dalle loro prestazioni, a prescindere dal rimborso di costi variabili, fissi e durevoli nel tempo necessari per fornire le medesime, e che non procurino alcun profitto ai loro membri. ... L'attività delle associazioni di volontariato può essere svolta da lavoratori unicamente nei limiti necessari al loro regolare funzionamento. Relativamente al rimborso dei costi occorre vegliare a che nessuno scopo di lucro, nemmeno indiretto, possa essere perseguito sotto la copertura di un'attività di volontariato, e altresì a

⁶ La legge quadro sul volontariato definisce l'attività di volontariato “quella prestata in modo personale, spontaneo e gratuito, tramite l'organizzazione di cui il volontario fa parte, senza fini di lucro anche indiretto ed esclusivamente per fini di solidarietà”; la stessa legge ha poi incluso nella definizione di organizzazione di volontariato, ogni organismo costituito per svolgere la predetta attività “che si avvalga in modo determinante e prevalente delle prestazioni personali, volontarie e gratuite dei propri aderenti”.

che il volontario possa farsi rimborsare soltanto le spese effettivamente sostenute per l'attività fornita, nei limiti previamente stabiliti dalle associazioni stesse» (Sentenza della Corte di Giustizia UE del 11 dicembre 2014, causa n. 113/2013).

Nel caso delle convenzioni con le strutture di volontariato, la norma ha dunque introdotto una possibilità di deroga al principio della libera concorrenza prevedendo una riserva in favore delle organizzazioni di volontariato per l'erogazione di servizi alla persona. La disciplina esaminata non prevede il ricorso a procedure di selezione dei soggetti con cui stipulare le convenzioni, in considerazione della particolare natura dell'attività da affidare, che deve essere svolta per finalità di solidarietà sociale, autoaiuto e reciprocità oppure come forma di collaborazione nell'attuazione di interventi complementari a servizi che richiedono un'organizzazione complessa e altre attività compatibili con la natura e le finalità del volontariato.

L'acquisto di servizi e prestazioni dagli organismi no-profit

L'art. 5 del d.p.c.m. 30 marzo 2011 prevede che i Comuni, al fine di realizzare il sistema integrato di interventi e servizi sociali garantendone i livelli essenziali, possono acquistare servizi e interventi organizzati dai soggetti del terzo settore, comprese le associazioni di volontariato e le cooperative sociali.

La norma introduce la possibilità di prevedere una riserva in favore dei soggetti del terzo settore nel caso in cui il ricorso agli stessi si renda necessario per garantire i livelli essenziali dei servizi; livelli che non possono essere garantiti direttamente dall'amministrazione.

La norma, nell'individuare i criteri che le Regioni devono seguire nel disciplinare le modalità di acquisto dai soggetti del terzo settore, fa salvi alcuni principi a garanzia della trasparenza e pubblicità dell'azione amministrativa e della libera concorrenza. Le previsioni introdotte impongono, infatti, alle Regioni di definire le modalità per garantire un'adeguata pubblicità del presumibile fabbisogno di servizi in un determinato arco temporale (programmazione); le modalità per l'istituzione dell'elenco dei fornitori di servizi autorizzati o accreditati ai sensi dell'art. 11 della legge 328/2000⁷, che si dichiarano disponibili ad offrire i servizi richiesti secondo tariffe e caratteristiche qualitative concordate; i criteri per l'«eventuale» selezione dei soggetti fornitori sulla base dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Inoltre, la norma impone che l'oggetto del servizio sia l'organizzazione complessiva del servizio e prevede che i Comuni stipolino convenzioni con i fornitori iscritti nell'elenco succitato, anche acquisendo la disponibilità all'erogazione di servizi e interventi a favore di cittadini in possesso di titoli per l'acquisto di servizi sociali dai soggetti accreditati.

La disposizione prevede, dunque, come eventuale e non obbligatoria la preselezione dei fornitori sulla base di una procedura basata sul criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa di cui all'art. 4 del d.p.c.m. Si ritiene che la preselezione dei soggetti da iscrivere nell'elenco dei fornitori dovrebbe essere sempre effettuata, considerata la stessa quale modalità idonea a verificare quantomeno il possesso dei requisiti generali (esplicitati dall'art. 38 del Codice dei Contratti) e delle capacità tecnico-organizzative per gestire il servizio oggetto di autorizzazione o accreditamento. È peraltro evidente che a fronte della richiesta di più operatori l'amministrazione dovrebbe poter selezionare quelli che sono in grado di garantire il miglior rapporto tra qualità e costo.

⁷ L'art. 11 della legge 328/2000 stabilisce che i comuni autorizzino o accreditino i servizi e le strutture a ciclo residenziale e semiresidenziale a gestione pubblica o da parte dei soggetti del terzo settore, sulla base dei requisiti e delle relative tariffe stabilite a livello regionale.

Ai sensi dell'articolo 4 tra i criteri da utilizzare per la valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa si indicano:

- a) le modalità adottate per il contenimento del turn over degli operatori;
- b) gli strumenti di qualificazione organizzativa del lavoro;
- c) la conoscenza degli specifici problemi sociali del territorio e delle risorse sociali della comunità;
- d) il rispetto dei trattamenti economici previsti dalla contrattazione collettiva e delle norme in materia di previdenza e assistenza.

Si suggerisce, però, di considerare l'ultimo criterio, quello relativo al rispetto della normativa sul lavoro e dei diritti dei lavoratori, in linea con quanto previsto dal Codice dei Contratti, un requisito di partecipazione e non un criterio idoneo a valutare l'offerta complessiva dell'azienda del terzo settore.

Le sovvenzioni

Si evidenzia altresì che tra le modalità di acquisto dei servizi alla persona da soggetti del terzo settore è prevista la possibilità di ricorrere a forme alternative di erogazione dei servizi in applicazione dei principi di sussidiarietà orizzontale ex art. 118 della Costituzione attraverso la concessione di sovvenzioni o contributi ad organismi che svolgono attività ritenute utili per la collettività. In tali ipotesi le amministrazioni dovranno procedere in ossequio all'art. 12 della legge 7 agosto 1990 n. 241 a norma della quale la concessione di sovvenzioni, contributi, sussidi, ausili finanziari e l'attribuzione di vantaggi economici di qualsiasi genere a persone, enti pubblici e privati sono subordinate alla predeterminazione da parte delle amministrazioni procedenti, nelle forme previste dai rispettivi ordinamenti, dei criteri e delle modalità cui le amministrazioni stesse devono attenersi. Inoltre, la norma dispone che l'attribuzione di vantaggi economici sia sottoposta a regole di trasparenza e imparzialità. Pertanto, anche la concessione di contributi, sovvenzioni o altri vantaggi economici ai soggetti del terzo settore dovrà essere preceduta da adeguate forme di pubblicità e avvenire in esito a procedure competitive.

L'affidamento della gestione dei servizi

Il d.p.c.m. 30 marzo 2001 prevede all'art. 6 che le Regioni adottano specifici indirizzi per regolamentare i rapporti tra Comuni e soggetti del terzo settore nell'affidamento dei servizi alla persona di cui alla legge n. 328 del 2000. Detti indirizzi devono tener conto delle norme nazionali e comunitarie che disciplinano le procedure di affidamento dei servizi da parte della pubblica amministrazione, privilegiando, nel rispetto dei principi di pubblicità e trasparenza dell'azione della Pubblica Amministrazione e di libera concorrenza tra i privati nel rapportarsi ad essa, le procedure di aggiudicazione ristrette e negoziate, da attuarsi previa preselezione con i criteri di cui all'art. 4 e già esaminati in precedenza.

Infine, è previsto che i contratti di affidamento prevedano forme e modalità per la verifica degli adempimenti ivi compreso il mantenimento dei livelli qualitativi concordati e individuino i provvedimenti da adottare in caso di mancato rispetto.

Anche la norma in esame prevede una riserva in favore dei soggetti del terzo settore, ma impone che l'affidamento debba avvenire necessariamente previa preselezione, ai fini dell'indizione della procedura ristretta o negoziata, e con modalità che tengano conto delle norme nazionali e comunitarie che disciplinano le procedure di affidamento dei servizi da parte delle pubbliche amministrazioni. La

disciplina in esame risulta, quindi, coordinata con le norme sopravvenute in materia di affidamenti di contratti pubblici di servizi; la deroga concerne solo l'individuazione dei soggetti che possono partecipare alla gara, mentre per i servizi da affidare vale quanto disciplinato dal Codice.

I servizi in parola rientrano, infatti, nei «servizi sanitari e sociali» di cui all'allegato II B della direttiva 2004/18/CE (servizi esclusi dall'applicazione della Direttiva) ai quali risultano applicabili esclusivamente l'articolo 23 (specifiche tecniche) e l'articolo 35, paragrafo 4 (avvisi sui risultati della procedura di aggiudicazione). Ai servizi in argomento, rientranti tra i servizi elencati nell'allegato II B del Codice dei Contratti, sono applicabili l'articolo 68 (specifiche tecniche), l'articolo 65 (avviso sui risultati della procedura di affidamento) e l'articolo 225 (avvisi relativi agli appalti aggiudicati). Inoltre, l'art. 27 del Codice prevede che l'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi, forniture, esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione oggettiva del codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza e proporzionalità e deve essere preceduto da invito ad almeno cinque concorrenti, se compatibile con l'oggetto del contratto. Si applica altresì l'articolo 2, commi 2, 3 e 4.

Pertanto, la possibilità della deroga in favore dei soggetti del terzo settore si giustifica soltanto nel rispetto dei limiti soggettivi e oggettivi previsti dalla norma (previsione in favore dei soggetti no-profit per l'affidamento dei servizi alla persona). Nella determina a contrarre è opportuno indicare le ragioni per le quali si preferisce esternalizzare il servizio e che i servizi oggetto di esternalizzazione rientrano tra quelli per cui è prevista la deroga.

Inoltre, la scelta degli organismi no-profit da cui acquistare il servizio deve avvenire con le garanzie di imparzialità e parità di trattamento previste dall'art. 27 del Codice

Per quanto concerne i servizi di cui all'Allegato IIB, l'Autorità ha avuto modo di pronunciarsi con il Comunicato del Presidente del 30 novembre 2007 in cui è stato chiarito che i servizi in esame sono menzionati, insieme ad altri, nella «Comunicazione interpretativa per l'aggiudicazione degli appalti non o solo parzialmente disciplinati dalle direttive appalti pubblici» del 1° agosto 2006, n. C 179 e che, come registrato nella Comunicazione, «sebbene taluni contratti siano esclusi dalla sfera di applicazione delle direttive comunitarie nel settore degli appalti pubblici, le amministrazioni aggiudicatrici che li stipulano sono ciò nondimeno tenute a rispettare i principi del Trattato».

Inoltre, è stata indicata l'esigenza che gli affidamenti siano preceduti da «un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura degli appalti dei servizi alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione» con l'indicazione di alcune modalità per il rispetto di tale regola.

La riconducibilità del servizio appaltato all'All. II B del Codice non esonera, quindi, le amministrazioni aggiudicatrici dall'applicazione dei principi generali in materia di affidamenti pubblici desumibili dalla normativa comunitaria e nazionale, con particolare riferimento al principio di pubblicità, espressione dei principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa di cui all'art. 97 Cost. (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 3 dicembre 2008, n. 5943; 22 aprile 2008, n. 1856; 8 ottobre 2007, n. 5217; 22 marzo 2007, n. 1369; TAR Lazio, Sez. III ter, 5 febbraio 2008, n. 951).

Nella deliberazione n. 102 del 5 novembre 2009 l'Autorità ha, inoltre, sottolineato che sebbene i servizi rientranti nell'allegato II B siano soggetti, a stretto rigore, solo alle norme richiamate dall'art. 20 del D.Lgs. 163/2006, oltre a quelle espressamente indicate negli atti di gara (in virtù del c.d. principio di autovincolo), quando il valore dell'appalto è decisamente superiore alla soglia comunitaria è opportuna anche una pubblicazione a livello comunitario, in ossequio al principio di trasparenza (cui è correlato il principio di pubblicità), richiamato dall'art. 27 D.Lgs. 163/2006 a tenore del quale «l'affidamento deve

essere preceduto da invito ad almeno cinque concorrenti, se compatibile con l'oggetto del contratto". La codificazione dei principi richiamati conferma dunque la contrarietà per l'affidamento fiduciario.

La nuova direttiva 2014/24/UE introduce un regime "alleggerito" per l'aggiudicazione degli appalti inerenti i servizi sociali ed altri particolari servizi indicati nell'art. 74 e nell'allegato XIV.

Il nuovo regime previsto per l'aggiudicazione dei servizi sopra descritti è individuato dagli artt. 75 (Pubblicazione degli avvisi e dei bandi), 76 (Principi per l'aggiudicazione degli appalti) e 77 (Appalti riservati per determinati servizi) della Direttiva ed è applicabile agli appalti di importo superiore alla soglia comunitaria, individuata in misura più elevata rispetto a quella prevista per gli altri servizi (euro 750.000,00). La ratio della previsione del regime alleggerito risiede nella constatazione della non significativa dimensione transfrontaliera di tali servizi che, generalmente, vengono prestati in ambiti territorialmente limitati in quanto connotati da particolari caratteristiche socio-culturali legate alla tradizione storica propria di ciascuna realtà.

L'elevazione della soglia comunitaria comporta, accanto alla possibile sottrazione di appalti di rilevante importo alla concorrenza comunitaria, anche l'opportunità per i legislatori nazionali di poter meglio considerare e valorizzare le specifiche esigenze sociali da soddisfare con l'affidamento del servizio.

In merito a tale aspetto, l'art. 76 della Direttiva chiarisce che gli Stati Membri, nell'introduzione di norme a livello nazionale per l'aggiudicazione degli appalti in argomento, devono assicurare il pieno rispetto dei principi di trasparenza e di parità di trattamento degli operatori economici da parte delle amministrazioni aggiudicatrici. Inoltre, pur essendo liberi di determinare le norme procedurali applicabili, gli stessi devono assicurare che le disposizioni introdotte consentano alle amministrazioni aggiudicatrici di prendere in considerazione le specificità dei servizi in questione e garantiscano la qualità, la continuità, l'accessibilità, anche economica, la disponibilità e la completezza dei servizi, le esigenze specifiche delle diverse categorie di utenti, compresi i gruppi svantaggiati e vulnerabili, il coinvolgimento e la responsabilizzazione degli utenti e l'innovazione. Infine, la norma stabilisce che gli Stati membri possono altresì prevedere che la scelta del prestatore di servizi avvenga sulla base dell'offerta che presenta il miglior rapporto qualità/prezzo, tenendo conto dei criteri di qualità e sostenibilità dei servizi sociali.

L'art. 77 della nuova direttiva prevede la facoltà, per gli Stati Membri, per le amministrazioni aggiudicatrici di introdurre una riserva di partecipazione, aggiuntiva rispetto a quella prevista dall'art. 20 in favore dei laboratori protetti, individuata con riferimento ad un preciso ambito oggettivo e soggettivo.

Sotto il profilo oggettivo, come precisato nel considerando n. 118, la direttiva limita l'applicazione della riserva alle procedure per l'aggiudicazione di taluni servizi sanitari, sociali e connessi, di taluni servizi di istruzione e formazione, di biblioteche, archivi, musei e altri servizi culturali, di servizi sportivi e servizi domestici, meglio identificati con i codici CPV (vocabolario comune degli appalti pubblici).

Sotto il profilo soggettivo, è previsto che l'Organizzazione beneficiaria della riserva debba soddisfare tutte le seguenti condizioni:

- a) il suo obiettivo è il perseguimento di una missione di servizio pubblico legata alla prestazione dei servizi di cui al paragrafo 1;
- b) i profitti sono reinvestiti al fine di conseguire l'obiettivo dell'organizzazione. Se i profitti sono distribuiti o redistribuiti, ciò dovrebbe basarsi su considerazioni partecipative;
- c) le strutture di gestione o proprietà dell'organizzazione che esegue l'appalto sono basate su principi di azionariato dei dipendenti o partecipativi, ovvero richiedono la partecipazione attiva di dipendenti, utenti o soggetti interessati;

d) l'amministrazione aggiudicatrice interessata non ha aggiudicato all'organizzazione un appalto per i servizi in questione a norma del presente articolo negli ultimi tre anni.

E' prevista, inoltre, una durata massima del contratto «riservato», che non può superare i tre anni ed è specificato che l'avviso di indizione di gara deve far riferimento all'articolo in questione.

La norma è facoltativa, pertanto, ciascuno stato membro potrà valutare l'opportunità della relativa adozione. In attesa del recepimento, questa norma appare legittimare l'impostazione presente nella normativa italiana sul terzo settore, anche se rispetto alla stessa sembra più orientata a criteri di concorrenza e trasparenza, introducendo limiti temporali agli affidamenti e favorendo, quindi, la rotazione, attualmente non regolamentata nella disciplina nazionale.

Le procedure per l'acquisto e l'affidamento di servizi sociali agli enti no-profit

a) La programmazione

La legge 328/2000, all'art. 3, prevede come obbligatoria l'attività di programmazione per la realizzazione degli interventi e dei servizi sociali, in forma unitaria ed integrata, che deve essere effettuata adottando il metodo della programmazione degli interventi e delle risorse, dell'operatività per progetti, della verifica sistematica dei risultati in termini di qualità e di efficacia delle prestazioni, nonché della valutazione di impatto di genere. All'art. 1 della legge è previsto, inoltre, che «La programmazione e l'organizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali compete agli enti locali, alle regioni ed allo Stato ai sensi del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112, e della presente legge, secondo i principi di sussidiarietà, cooperazione, efficacia, efficienza ed economicità, omogeneità, copertura finanziaria e patrimoniale, responsabilità ed unicità dell'amministrazione, autonomia organizzativa e regolamentare degli enti locali». È previsto, altresì, che la programmazione sia svolta secondo i seguenti principi:

- a) coordinamento e integrazione con gli interventi sanitari e dell'istruzione nonché con le politiche attive di formazione, di avviamento e di reinserimento al lavoro;
- b) concertazione e cooperazione tra i diversi livelli istituzionali, tra questi e i soggetti di cui all'articolo 1, comma 4, che partecipano con proprie risorse alla realizzazione della rete, le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative a livello nazionale nonché le aziende unità sanitarie locali per le prestazioni sociosanitarie ad elevata integrazione sanitaria comprese nei livelli essenziali del Servizio sanitario nazionale.

La programmazione, come più volte osservato dall'Autorità, rappresenta uno strumento fondamentale per garantire la trasparenza dell'azione amministrativa, la concorrenza nel mercato e, per tali vie, prevenire la corruzione e garantire il corretto funzionamento della macchina amministrativa. Inoltre, in assenza di una seria programmazione si rischia di dover procedere ad affidamenti, non programmati, ma ritenuti necessari, adottando procedure di urgenza, poco rispettose delle regole previste dal Codice dei Contratti, tra cui quelle di trasparenza e parità di condizioni, e creando le basi per i debiti fuori bilancio.

Le amministrazioni devono procedere, con il coinvolgimento dei soggetti qualificati individuati dalla norma, ad una programmazione adeguata che consenta la corretta individuazione e quantificazione preventiva dei bisogni attesi e, quindi, degli interventi da offrire alla collettività nel periodo di riferimento. Per quanto concerne i fabbisogni di servizi sociali (che come tali possono variare nel

tempo e sono legati a cause non sempre controllabili dal decisore pubblico) si ritiene necessario partire dall'analisi statistica relativa all'andamento storico del fenomeno; il dato ricavato dovrà essere integrato con proiezioni sui possibili fabbisogni futuri (ad esempio, negli ultimi anni il dato sugli sbarchi degli immigrati avrebbe dovuto essere integrato con quello relativo alla previsione di possibile aumento degli ingressi), nonché con la valutazione degli effetti di possibili interventi di urgenza/emergenza.

L'Autorità nella Determinazione del 6 novembre 2013, n. 5, ha indicato quali debbano essere i requisiti minimi per una corretta programmazione e progettazione negli affidamenti di servizi e forniture; nel caso di specie queste indicazioni devono essere integrate con quelle previste nella legge n. 328/2000 che, come sottolineato, prevedono il coordinamento e la concertazione tra i diversi livelli istituzionali.

Oltre a prevedere la possibile partecipazione degli enti del terzo settore all'attività di programmazione, la normativa assegna un ruolo di rilievo agli stessi anche in materia di progettazione. In particolare, l'art. 7 del d.p.c.m. 30 marzo 2001, prevede che «Al fine di affrontare specifiche problematiche sociali, valorizzando e coinvolgendo attivamente i soggetti del terzo settore, i comuni possono indire istruttorie pubbliche per la co-progettazione di interventi innovativi e sperimentali su cui i soggetti del terzo settore esprimono disponibilità a collaborare con il comune per la realizzazione degli obiettivi. Le regioni possono adottare indirizzi per definire le modalità di indizione e funzionamento delle istruttorie pubbliche nonché per la individuazione delle forme di sostegno».

Come altre disposizioni contenute nel d.p.c.m., questa norma potrebbe essere applicata anche da altre istituzioni che erogano servizi sociali, quali le aziende del sanitario nazionale.

A tal fine, in linea con esperienze già realizzate, si potrebbe prevedere un percorso in 4 fasi:

- a) l'ente rende nota la volontà di procedere alla co-progettazione mediante un avviso di manifestazione di interesse. Nell'avviso sono indicati un progetto di massima e le modalità attraverso cui si procederà per l'individuazione del progetto o dei progetti definitivi;
- b) nella seconda fase si procederà alla individuazione del soggetto o dei soggetti partner dell'ente. Ciò deve avvenire mediante selezione nella quale sono valutati i seguenti aspetti: a) possesso dei requisiti di ordine generale (anche in questo caso, pur non trattandosi di una procedura riconducibile al Codice dei Contratti, sembra opportuno adottare i criteri previsti dall'art. 38 dello stesso), tecnici, professionali e sociali (tra cui l'esperienza maturata); b) caratteristiche della proposta progettuale; c) costi del progetto;
- c) avvio dell'attività vera e propria di co-progettazione, apportando eventuali variazioni al progetto presentato per la selezione degli offerenti;
- d) stipula della convenzione.

b) Requisiti di partecipazione

Con riferimento ai requisiti prescritti per l'ottenimento di convenzioni, si evidenzia l'opportunità che le amministrazioni aggiudicatrici acquistino o affidino servizi a soggetti che offrano, oltre ai sopra descritti requisiti specifici, anche garanzie di moralità professionale. A tale proposito potrebbero essere utilizzati, come parametri di riferimento, i requisiti di moralità individuati dall'art. 38 del Codice dei Contratti.

Infatti, pur non essendo applicabile l'art. 38 del Codice a taluni degli affidamenti sopra descritti e ai contratti dell'Allegato II B (in quanto non richiamato dall'art. 20, comma 1), costituisce ormai *ius receptum* il principio secondo cui tutti i soggetti che a qualunque titolo concorrono all'esecuzione di appalti pubblici devono essere in possesso dei requisiti di cui all'art. 38 del Codice. Il possesso di inderogabili requisiti di moralità rappresenta un fondamentale principio di ordine pubblico ed

economico che trova applicazione anche nelle gare dirette all'affidamento della concessione di servizi (Consiglio di Stato, sez. VI, 21 maggio 2013, n. 2725; sez. VI, 27 giugno 2014 n. 3251) e nelle gare riguardanti appalti in tutto o in parte esclusi dall'applicazione del Codice rientranti nell'ambito di applicazione dell'art. 27 (Parere sulla normativa AG 10 del 11 luglio 2012, Parere sulla normativa AG 8 del 3 luglio 2013, Parere di precontenzioso n. 128 del 17 luglio 2013, Parere di precontenzioso n.14 del 29 luglio 2014).

Vi è, infatti, l'imprescindibile esigenza che il soggetto che contratta con la pubblica amministrazione – anche per acquisti non disciplinati dal Codice - sia affidabile e, quindi, in possesso dei requisiti di carattere generale tipizzati dall'art. 38.

Se dunque, nell'ambito delle richiamate procedure, la stazione appaltante può non esigere il medesimo rigore formale di cui all'art. 38 e gli stessi vincoli procedurali, essa ha comunque l'obbligo di verificare in concreto il possesso da parte dei concorrenti dei requisiti di moralità indicati nell'art. 38.

Alle procedure di affidamento dei servizi di cui all'Allegato II B non si applicano in via diretta neppure le disposizioni del Codice in tema di requisiti speciali di partecipazione e controllo del possesso degli stessi (art. 48), in quanto non richiamate dall'art. 20, comma 1.

Le stazioni appaltanti hanno comunque facoltà di richiedere, nel rispetto dei principi di ragionevolezza e proporzionalità, requisiti minimi di idoneità tecnica ed economica (anche diversi da quelli previsti dal Codice), al fine di garantire un determinato livello di affidabilità dell'aggiudicatario sul piano economico - finanziario e tecnico – organizzativo; in tali ipotesi, tuttavia, non trova applicazione l'art. 48 e si procede alla verifica del possesso di detti requisiti in forza dell'art. 71 e con le modalità previste dall'art. 43 del d.P.R. n. 445/2000 (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 26 settembre 2013 n. 4785).

c) Apertura alla concorrenza

L'art. 5, comma 3, del d.p.c.m. 30 marzo 2001 impone che oggetto dell'acquisto o dell'affidamento sia l'organizzazione complessiva del servizio o della prestazione. Per affidamenti particolarmente complessi o che richiedono la presenza di strutture caratterizzate da vincoli stringenti (su dimensioni, posizionamento, ecc.) ciò può rappresentare una forte barriera alla partecipazione alla procedura di selezione.

È il caso, ad esempio, dei servizi di accoglienza ai rifugiati e agli immigrati, per i quali si sono recentemente registrate diverse criticità sia in fase di selezione, spesso effettuata in situazioni di emergenza, che di gestione successiva - quando è stata superata la fase emergenziale – caratterizzata da numerose proroghe senza indicazione di una nuova procedura di gara. In un contesto caratterizzato, oltre che dalla eccezionalità della situazione, anche da carenze e inefficienze nella fase di progettazione e di previsione dei bisogni di accoglienza (dal livello nazionale fino a quello comunale), spesso si è dovuto procedere all'individuazione, in tempi estremamente ridotti, di centri idonei. Poiché la norma richiede l'unicità dell'affidamento, sembra che possano partecipare alla selezione solamente soggetti (operanti nel terzo settore) dotati di strutture adeguate e in grado di fornire numerosi e complessi servizi⁸. Per l'adeguatezza della struttura deve essere valutato, tra l'altro, il relativo posizionamento, per il rispetto delle norme in materia di accoglienza e per tener conto anche dei ben noti problemi di ricettività del territorio, legati a questioni di sicurezza e di rifiuto da parte della popolazione residente. Ciò fa sì che

⁸ Nei bandi è spesso indicato che possono partecipare alla gara anche «le strutture alberghiere purché garantiscano – attraverso la stipula di apposite convenzioni con operatori del privato sociale (operatori che dovranno comunque essere obbligatoriamente indicati nella dichiarazione sostitutiva) di comprovata esperienza – i servizi richiesti volti ad assicurare l'accompagnamento giuridico, sanitario e sociale».

nella fase di selezione, specie in situazione di emergenza, il numero di offerenti risulti inevitabilmente ridotto.

Successivamente, una volta superata l'emergenza, risulta estremamente difficile procedere ad un avvicendamento del gestore, il quale è titolare del centro di accoglienza. In altri termini, considerate le difficoltà a reperire una struttura idonea, una volta individuato un centro di accoglienza, risulta estremamente difficile procedere alla sostituzione dello stesso e quindi all'avvicendamento del gestore, che ne è titolare.

In un contesto caratterizzato da un'adeguata programmazione, si dovrebbe innanzitutto verificare la possibilità di separare il possesso della struttura dalla sua gestione, circostanza questa che non sembra proibita dalla normativa. In particolare, si potrebbe verificare se sono presenti sul territorio strutture/immobili di proprietà dell'ente o del demanio (ad esempio ex-caserme o ospedali dismessi) che possano essere adattati alle esigenze dell'accoglienza. In questo caso il gestore non sarebbe il titolare della struttura e la selezione dei gestori può essere condotta considerando l'effettiva capacità di garantire i servizi sociali previsti. Al termine del periodo di affidamento, qualora permangano le esigenze di accoglienza, si potrà procedere con una nuova gara per la scelta del nuovo gestore.

Anche l'unitarietà della prestazione di gestione, propriamente intesa, può determinare una significativa riduzione del numero degli offerenti. Ad esempio, nel caso degli Sprar – Sistema di protezione per richiedenti asilo e rifugiati, è prevista un'accoglienza integrata, in cui, accanto al soddisfacimento di esigenze di base (vitto e alloggio), devono essere garantiti una serie di servizi minimi, rappresentati da⁹:

- mediazione linguistico-culturale;
- accoglienza materiale;
- orientamento e accesso ai servizi del territorio;
- formazione e riqualificazione professionale;
- orientamento e accompagnamento all'inserimento lavorativo;
- orientamento e accompagnamento all'inserimento abitativo;
- orientamento e accompagnamento all'inserimento sociale;
- tutela legale;
- tutela psico-socio-sanitaria;
- aggiornamento e gestione della Banca Dati.

Si tratta di servizi alquanto eterogenei che, per essere garantiti in modo efficiente, necessitano di gestori caratterizzati da un elevato livello di integrazione e ciò potrebbe rappresentare una barriera all'ingresso per gli operatori economici di piccola o media dimensione, o specializzati, attivi nel sociale. Peraltro, si dovrebbe valutare la compatibilità della normativa in materia di affidamenti sociali con il *favor* riconosciuto dal legislatore nel Codice dei Contratti per l'accesso agli affidamenti da parte delle piccole e medie imprese. Si ricorda, al riguardo, che l'art. 2, comma 1-*bis*, prevede testualmente: «Nel rispetto della disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici, al fine di favorire l'accesso delle piccole e medie imprese, le stazioni appaltanti devono, ove possibile ed economicamente conveniente, suddividere gli appalti in lotti funzionali. Nella determina a contrarre le stazioni appaltanti indicano la motivazione circa la mancata suddivisione dell'appalto in lotti. I criteri di partecipazione alle gare devono essere tali da non escludere le piccole e medie imprese».

Un problema che spesso si pone negli affidamenti ad imprese attive nel sociale è quello legato al radicamento al territorio di dette imprese. In diversi casi si pone un contrasto tra l'obiettivo di favorire, attraverso la spesa pubblica, i soggetti presenti nel territorio dell'ente con il divieto espresso di discriminazione tra gli operatori economici. La giurisprudenza, comunitaria e nazionale, e gli

⁹ Si veda, al riguardo, la circolare del Ministero dell'Interno del 17 dicembre 2014, n. 14906.

orientamenti dell'Autorità hanno costantemente rilevato l'illegittimità delle limitazioni territoriali nelle procedure di aggiudicazione, anche in caso di affidamenti di valore inferiore alle soglie comunitarie, perché in contrasto con il principio costituzionale di parità di trattamento di cui all'articolo 3 della Costituzione e con la normativa comunitaria in materia di appalti di servizi che impone alle amministrazioni aggiudicatrici parità di trattamento tra i relativi prestatori (si vedano, tra l'altro, le Deliberazioni n. 31/2012 e n. 95/2012, nonché, 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").

In particolare, nel Comunicato del Presidente dell'Autorità del 20 ottobre 2010 è indicato che il divieto vale: «anche nel caso in cui le clausole in argomento trovino conferma in disposizioni normative regionali le quali, ove contemplanti previsioni discriminatorie nel senso indicato, devono ritenersi non conformi ai principi di uguaglianza e di libera circolazione delle persone e delle cose, costituendo, peraltro, una limitazione del diritto dei cittadini di esercitare in qualunque parte del territorio nazionale la loro professione, impiego o lavoro (cfr. Corte Cost., sentenza 22 dicembre 2006 n. 440)». Peraltro, nel Comunicato è anche indicato che il divieto trova un limite connesso «alle reali esigenze di esecuzione del contratto».

d) Controlli

Si ravvisa l'opportunità di richiamare le amministrazioni al rispetto delle previsioni normative in materia di verifica delle prestazioni e di controllo della loro qualità. Ciò oltre ad essere un preciso obbligo imposto dalla normativa, nazionale e comunitaria, in materia di appalti pubblici, assume una valenza peculiare nel caso dei servizi sociali per la particolare valenza delle prestazioni.

Giova al riguardo rilevare che la normativa esaminata richiama in più occasioni l'obbligo di verificare la qualità dell'esecuzione del contratto. Infatti, come già ricordato l'art. 7 della l. 266/1991, prevede espressamente che «le convenzioni devono prevedere forme di verifica delle prestazioni e di controllo della loro qualità». Inoltre, in materia di affidamenti di servizi alle imprese del terzo settore, l'art. 6, comma 4, del d.p.c.m. 30 marzo 2001, prevede: «I contratti previsti dal presente articolo prevedono forme e modalità per la verifica degli adempimenti oggetto del contratto ivi compreso il mantenimento dei livelli qualitativi concordati ed i provvedimenti da adottare in caso di mancato rispetto».

I controlli devono verificare innanzitutto il rispetto delle particolari condizioni di esecuzione, tra cui la presenza di determinate categorie di lavoratori, nonché le ulteriori limitazioni poste a carico delle imprese. Inoltre, al fine di verificare il raggiungimento degli obiettivi di carattere sociale e la qualità della relativa prestazione, laddove è possibile, si suggerisce di procedere anche alla somministrazione di questionari di gradimento agli utenti.

e) Proroghe e rinnovi

Un ulteriore problematica emersa nella prassi è quella riferita alla possibilità di procedere a proroghe e rinnovi dei contratti per motivi di urgenza/emergenza e di continuità dei servizi.

Per quanto concerne la fattispecie della proroga, che ricorre in caso di spostamento in avanti del termine contrattuale alle medesime condizioni, la stessa è teorizzabile nei soli limitati ed eccezionali casi in cui, per ragioni obiettivamente indipendenti dall'amministrazione, vi sia l'effettiva necessità di

assicurare precariamente il servizio nelle more del reperimento di un nuovo contraente, e l'amministrazione, una volta scaduto il contratto, qualora abbia ancora la necessità di avvalersi dello stesso tipo di prestazioni, dovrà effettuare una nuova gara (cd. proroga tecnica, cfr. Deliberazione n. 14 del 14/10/2014). Lo spostamento in avanti del termine contrattuale deve essere causato da fattori del tutto limitati, che non coinvolgano la responsabilità dell'amministrazione aggiudicatrice, poiché ciò comporta un affidamento del contratto in via diretta senza il rispetto delle procedure di evidenza pubblica (Deliberazione n. 1 del 29/01/2014).

Pertanto, la proroga di contratti in corso potrà intervenire esclusivamente in situazioni eccezionali di effettiva emergenza/urgenza assolutamente non prevedibili e, comunque, per il solo tempo necessario al reperimento di un nuovo contraente. Inoltre, la mancata previsione dell'urgenza o dell'emergenza non dovrà dipendere da carenze o errori dell'amministrazione nell'attività di programmazione.

Per quanto attiene alla possibilità di prevedere, nel bando di gara, l'ipotesi del rinnovo del contratto, si evidenzia che l'art. 57, comma 7, del Codice vieta espressamente il «rinnovo tacito» del contratto, sancendo la nullità del contratto rinnovato tacitamente.

Con riferimento, invece, al «rinnovo espresso» del contratto sia l'Autorità (con la Deliberazione n. 183 del 13.6.2007) che la giurisprudenza più recente (Cons. Stato, Sez. III, Sent., 5 luglio 2013, n. 3580) hanno riconosciuto l'ammissibilità del rinnovo espresso allorché la facoltà di rinnovo, alle medesime condizioni e per un tempo predeterminato e limitato, sia *ab origine* prevista negli atti di gara e venga esercitata in modo espresso e con adeguata motivazione.

In tali ipotesi, troverà applicazione l'art. 29 del Codice, che a proposito del calcolo del valore stimato degli appalti e dei servizi pubblici, prescrive che si tenga conto di qualsiasi forma di opzione o rinnovo del contratto.

In conclusione, in nessun caso carenze nella fase di programmazione possono giustificare la proroga dei contratti in essere, mentre per il rinnovo degli stessi è necessario che tale possibilità sia già stata prevista nel bando di gara e, quindi, nella fase di programmazione che, occorre ribadire, è una condizione essenziale, espressamente prevista dalla normativa, per la gestione dei servizi sociali.

Quanto poi alla giustificazione di eventuali proroghe o rinnovi basata sulla necessità di garantire la continuità del servizio si osserva che ciò è comune a molte fattispecie, ma la continuità del servizio è, di regola, indipendente dalla continuità del gestore. Nel caso dei servizi sociali, il particolare rapporto che si può creare tra addetto alla prestazione del servizio e il destinatario dello stesso può giustificare la necessità che venga garantito nel tempo il mantenimento in servizio di alcune tipologie di lavoratori (cosa ben diversa dal mantenimento dell'impresa). Tale circostanza, insieme alla necessità di garantire i livelli occupazionali, dovrebbe essere valutata dalla stazione appaltante ai fini dell'inserimento della cosiddetta "clausola sociale" nei bandi di gara. Al riguardo si osserva che già numerosi contratti collettivi di categoria per le imprese del terzo settore disciplinano la materia del cambio di appalto.

Le cooperative sociali

Premessa

Pur appartenendo le cooperative sociali alla categoria delle imprese del terzo settore, esiste una normativa specifica per le cooperative di tipo B, che ne giustifica una trattazione separata.

Le cooperative sociali rientrano nella categoria più generale delle società cooperative di cui all'articolo 2511 c.c. ss., secondo cui queste ultime sono società a capitale variabile con scopo mutualistico, iscritte presso l'albo delle società cooperative di cui all'articolo 2512, secondo comma, e all'articolo 223 *sexiesdecies* delle disposizioni di attuazione del codice civile (2511 c.c.). Rispetto alla previgente formulazione di quest'ultima norma, il legislatore ha eliminato la differenza tra cooperative a responsabilità limitata e illimitata, sottolineando tuttavia, che le cooperative sono società con caratteri distintivi quali: lo scopo mutualistico e la variabilità del capitale sociale.

Il codice civile non precisa il significato dell'espressione "scopo mutualistico"; indicazioni al riguardo possono, tuttavia, essere tratte dal paragrafo 1024 della relazione ministeriale al codice civile, secondo la quale lo scopo mutualistico consiste «nel fornire beni o servizi o occasioni di lavoro direttamente ai membri dell'organizzazione a condizioni più vantaggiose di quelle che otterrebbero dal mercato». Quest'ultimo vale a distinguere le società cooperative dalle società di capitali, caratterizzate dal diverso scopo di lucro: la partecipazione ad una società cooperativa è, infatti, finalizzata ad ottenere beni, servizi o domanda di lavoro a condizioni migliori di quelle reperibili sul mercato e non già ad ottenere una remunerazione del capitale investito attraverso la distribuzione degli utili¹⁰.

In considerazione della loro natura societaria alle società cooperative si applica (art. 2519):

- a) la normativa specifica prevista dal codice civile artt. 2511 ss;
- b) in via residuale, per quanto non previsto dal Titolo VI, Libro V, c.c. la normativa generale dettata per le società per azioni, in quanto compatibile;
- c) se previsto dall'atto costitutivo, in quanto compatibile, la normativa sulle società a responsabilità limitata nelle cooperative con un numero di soci cooperatori inferiore a venti ovvero con un attivo dello stata patrimoniale non superiore ad un milione di euro.

Le società cooperative devono iscriversi nel registro delle imprese per ottenere il riconoscimento della personalità giuridica e secondo la previsione dell'art. 2511 c.c. nell'apposito albo delle cooperative di cui agli artt. 2512, secondo comma, e 223 *sexiesdecies*, dis. att. c.c. istituito presso il Ministero delle attività produttive (oggi Ministero dello sviluppo economico) con D.M. 23 giugno 2004, successivamente modificato con D.M. 6 giugno 2013. Il Ministero cura la tenuta dell'albo per il tramite delle camere di commercio, a cui spetta la raccolta delle notizie, la pubblicità dei dati e la comunicazione alle cooperative del numero di iscrizione. Attualmente l'albo si compone di tre sezioni:

- nella prima sezione sono iscritte le società cooperative a mutualità prevalente di cui agli articoli 2512, 2513 e 2514 c.c.;
- nella seconda sezione sono iscritte le società cooperative diverse da quelle a mutualità prevalente;
- nella terza sezione sono iscritte le società di mutuo soccorso¹¹.

¹⁰ Quanto alla variabilità del capitale sociale, è opportuno leggere la disposizione dell'art. 2511 c.c. insieme a quella dell'art. 2524 c.c., in virtù della quale: «il capitale sociale non è determinato in un ammontare prestabilito. Nelle società cooperative l'ammissione di nuovi soci, nelle forme previste dall'articolo 2528 c.c. non importa modificazione dell'atto costitutivo. La società può deliberare aumenti di capitale con modificazione dell'atto costitutivo nelle forme previste dagli articoli 2438 c.c. e seguenti. L'esclusione o la limitazione del diritto di opzione può essere autorizzata dall'assemblea su proposta motivata degli amministratori». Dal combinato disposto delle norme citate discende che l'ingresso e l'uscita dalla compagine societaria di nuovi soci non comportano modificazioni dell'atto costitutivo in quanto non sono necessarie contestuali variazioni del capitale sociale.

¹¹ A fronte di tale distinzione di ordine generale, la circolare del Ministero delle attività produttive del 6 dicembre 2004 ha previsto quale specificazione della prima sezione, «la creazione di una speciale sottosezione riservata alle cooperative che, come le cooperative sociali, vengono qualificate a mutualità prevalente direttamente dalla legge. Parimenti in una distinta sottosezione trovano collocazione le banche di credito cooperativo, considerate a mutualità prevalente se rispettano le norme delle leggi speciali (ex art. 223 -terdecies delle disposizioni di attuazione del codice civile), nonché le cooperative agricole e i loro consorzi ai quali viene riconosciuta la prevalenza se la quantità o il valore dei prodotti conferiti dai soci risulta superiore al cinquanta per cento della quantità o del valore totale dei prodotti (art. 111-septies, comma 1, delle disposizioni di attuazione del codice)».

L'iscrizione nel predetto albo, da un lato, ha una funzione anagrafico-statistica, in quanto serve a censire tutte le società cooperative, dall'altro costituisce il presupposto per ottenere la fruizione dei benefici fiscali connessi alla qualifica di "mutualità prevalente" ai sensi degli artt. 2512 c.c. e 223 *duodecies* dis. att. c.c. e le altre agevolazioni non fiscali previste dal legislatore.

Difatti, le società cooperative, sebbene iscritte nel registro delle imprese, non possono beneficiare di alcuna agevolazione e sono sottoposte ad azione di vigilanza per verificarne l'effettiva mutualità, nel caso in cui non presentino domanda di iscrizione all'albo. Si ricorda a tale proposito, che in considerazione delle peculiari agevolazioni di cui godono, il legislatore ha ritenuto necessario sottoporre le società cooperative a specifica attività di vigilanza e controllo sulla gestione (art. 2545 *quaterdecies* c.c.). La vigilanza si concretizza soprattutto in un'attività ispettiva, a cadenza annuale o biennale, a seconda delle caratteristiche e delle dimensioni degli enti cooperativi, svolta dal Ministero dello Sviluppo Economico; tuttavia, nei casi in cui le cooperative siano iscritte ad associazioni giuridicamente riconosciute, le ispezioni sono effettuate dalle associazioni stesse), e può dare origine ai provvedimenti di cui agli articoli 2545 *sexiesdecies* c.c. e ss..

Più precisamente l'art. 2545 *sexiesdecies* c.c. prevede il ricorso alla gestione commissariale in caso di irregolare funzionamento della società cooperativa, tale da comportare un impedimento all'effettiva persecuzione della funzione mutualistica. Il successivo art. 2545 *septiesdecies* cc. stabilisce che l'autorità di vigilanza, con provvedimento da pubblicare in Gazzetta Ufficiale ed iscrivere nel registro delle imprese, ha facoltà di sciogliere le società cooperative e gli enti mutualistici per motivazioni riconducibili ad anomalie di funzionamento della società cooperativa di tipo strutturale ed organizzativo che riguardano il mancato perseguimento dello scopo mutualistico, l'assenza di condizioni per il raggiungimento dello scopo, il mancato deposito del bilancio di esercizio per due anni consecutivi ed il mancato compimento degli atti di gestione.

Le cooperative sociali sono incluse *ex lege* nell'ambito della categoria più ristretta delle cooperative a mutualità prevalente, questa circostanza, da un lato, consente a tali società di godere di specifici benefici fiscali, e, dall'altro, impone a queste ultime di prevedere nei propri statuti *ex art.* 2514 c.c. i seguenti requisiti:

- a) il divieto di distribuire i dividendi in misura superiore all'interesse massimo dei buoni postali fruttiferi, aumentato del 2,5 per cento;
- b) il divieto di remunerare gli strumenti finanziari offerti in sottoscrizione ai soci cooperatori in misura superiore al 2 per cento del limite massimo previsto per i dividendi;
- c) il divieto di distribuire le riserve fra i soci cooperatori;
- d) l'obbligo di devoluzione, in caso di scioglimento della società, dell'intero patrimonio sociale, dedotto soltanto il capitale sociale e i dividendi eventualmente maturati, ai fondi mutualistici per la promozione e lo sviluppo della cooperazione.

Gli affidamenti alle cooperative sociali

La legge 8 novembre 1991, n. 381, recante Disciplina delle cooperative sociali, ha istituzionalizzato il profilo della cooperazione nell'ambito del sociale, con lo scopo di perseguire l'interesse generale della comunità alla promozione umana e all'integrazione dei cittadini di cui all'art. 45 della Costituzione, attraverso la gestione di servizi socio sanitari o lo svolgimento di attività diverse – agricole, industriali, commerciali o di servizi - finalizzate all'inserimento lavorativo di persone svantaggiate. La citata legge individua due distinte tipologie di cooperative:

- cooperative di tipo A, che svolgono servizi socio-sanitari ed educativi, volti ad arrecare beneficio a persone bisognose di intervento in ragione dell'età, della condizione familiare, personale o sociale;
- cooperative di tipo B, la cui attività, attraverso lo svolgimento di azioni diverse, agricole, industriali, commerciali o di servizi, mira a promuovere l'inserimento lavorativo di persone svantaggiate.

Il Ministero del Lavoro aveva ritenuto che ciascuna cooperativa sociale potesse optare se essere di tipo A oppure di tipo B, ma non poteva contemporaneamente assumere le funzioni di entrambe (Direzione Generale della Cooperazione Divisione Circolare n.116/1992). Successivamente, lo stesso Ministero ha ammesso la possibilità che le cooperative sociali siano contemporaneamente di tipo A e di tipo B (Direzione Generale della Cooperazione Divisione Circolare n. 153/1996), purché ricorrano le seguenti condizioni:

1. le tipologie di svantaggio e/o le aree di intervento esplicitamente indicate nell'oggetto sociale siano tali da postulare attività coordinate per l'efficace raggiungimento delle finalità attribuite alle cooperative sociali (art.1 l. 381/91);
2. il collegamento funzionale tra le attività di tipo A e B risulti chiaramente indicato nello statuto sociale;
3. l'organizzazione amministrativa delle cooperative consenta la netta separazione delle gestioni relative alle attività esercitate ai fini della corretta applicazione delle agevolazioni concesse dalla vigente normativa.

Il mutato orientamento viene spiegato dalla stessa circolare in considerazione del fatto che molte aree di bisogno e di svantaggio per la loro peculiarità comportano interventi funzionalmente collegati. Va, tuttavia, tenuto conto che, mentre le cooperative di tipo A sono in genere costituite da soci lavoratori in possesso di adeguata qualifica professionale in quanto operano sul mercato nell'ambito dell'assistenza socio-sanitaria ovvero della formazione scolastica e professionale, le cooperative di tipo B non sono caratterizzate dal tipo di servizio svolto, ma dallo scopo prettamente occupazionale che perseguono: queste ultime infatti mirano a consentire il reinserimento lavorativo di "soggetti svantaggiati".

Con tale termine, secondo quanto disposto dall'art. 4 della legge 381/91, si intendono: «gli invalidi fisici, psichici e sensoriali, gli ex degenti di istituti psichiatrici, i soggetti in trattamento psichiatrico, i tossicodipendenti, gli alcolisti, i minori in età lavorativa in situazioni di difficoltà familiare, i condannati ammessi alle misure alternative alla detenzione previste dagli articoli 47, 47-bis, 47-ter e 48 della legge 26 luglio 1975, n. 354, come modificati dalla legge 10 ottobre 1986, n. 663. Si considerano inoltre persone svantaggiate i soggetti indicati con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro del lavoro e della previdenza sociale, di concerto con il Ministro della sanità, con il Ministro dell'interno e con il Ministro per gli affari sociali, sentita la commissione centrale per le cooperative istituita dall'articolo 18 del citato decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato 14 dicembre 1947, n. 1577, e successive modificazioni».

Al fine di realizzare il reinserimento occupazionale di tali soggetti, la cooperativa in esame deve essere costituita per almeno il trenta per cento da persone svantaggiate. Tale percentuale dovrebbe essere calcolata in relazione al numero complessivo dei lavoratori soci ovvero semplici lavoratori dipendenti della società, escludendo in ogni caso i soci volontari.

Le cooperative di tipo A rientrano tra gli organismi del terzo settore e, pertanto, per gli affidamenti di servizi alla persona in favore delle stesse, valgono tutte le considerazioni già espresse per tali aziende nelle presenti linee guida.

Alle cooperative di tipo B, il legislatore riconosce, invece, un particolare *favor*, prevedendo che «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 cui all'articolo 1, comma 1, lettera b), 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. Le convenzioni di cui al presente comma sono stipulate previo svolgimento di procedure di selezione idonee ad assicurare il rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di efficienza» (art. 5)¹². L'ultimo periodo è stato aggiunto dalla legge 23.12.2014 n. 190¹³.

Dal dato letterale della novella emerge chiaramente la necessità di ricorrere a “procedure di selezione idonee ad assicurare il rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di efficienza”. Il legislatore non chiarisce, però, cosa intende con l'espressione “procedure idonee”, tuttavia, dato il riferimento alla materia degli appalti pubblici contenuta nell'articolo in esame, deve ritenersi che le procedure di selezione siano quelle indicate dal d.lgs. 163/2006 per l'affidamento dei contratti sotto soglia comunitaria e, più precisamente, quelle di cui agli artt. 124 e 125.

Dalla nuova formulazione di tale norma discenderebbe che le convenzioni stipulate ai sensi dell'art. 5, comma 1, sono soggette alla disciplina del Codice e del Regolamento attuativo (D.P.R. n. 207/2010) sia per quanto attiene le procedure di scelta del contraente, riservata alle cooperative sociali di tipo B, sia per quanto riguarda i requisiti di partecipazione, le specifiche tecniche, l'esecuzione delle prestazioni affidate, gli obblighi di comunicazione nei confronti dell'Autorità.

Poiché il ricorso alle convenzioni costituisce, un indubbio *favor* per le cooperative sociali di tipo B si ritiene che in linea generale, la scelta dell'ente pubblico di avvalersi dello strumento negoziale, previsto dall'articolo 5, dovrebbe essere adeguatamente motivata nella determina a contrarre, di cui all'art. 11, comma 2 del Codice. Nella convenzione dovrebbero essere chiaramente indicati gli obiettivi che l'ente si propone di perseguire grazie alla deroga nella scelta del fornitore di beni o servizi, ciò anche al fine di permettere i successivi controlli.

Si osserva, infatti, che lo stesso legislatore pone come facoltativo il ricorso alla convenzione in esame, ben potendo, quindi, l'ente pubblico o la società di capitali a partecipazione pubblica soddisfare l'interesse pubblico al reinserimento lavorativo dei soggetti svantaggiati attraverso le “ordinarie” procedure ad evidenza pubblica di cui al d.lgs. 163/2006. Ne consegue allora che la motivazione dovrebbe riguardare le ragioni di convenienza all'utilizzo del “modulo convenzionale” in relazione alle specifiche finalità di ordine pubblico che si intende raggiungere ed ai principi indicati dall'art. 2 del Codice. Dal momento che sono proprio queste ultime a giustificare la compressione della concorrenza,

¹² La previsione del primo comma, come è noto, è stata modificata dall'art. 20 della legge n. 52/96 a seguito dell'avvio, da parte della Commissione Europea, di un procedimento di infrazione a carico dell'Italia per violazione dei principi comunitari concernenti la libera concorrenza ed il mercato. La disposizione originaria consentiva di stipulare convenzioni con le cooperative che svolgono le attività di cui all'articolo 1, comma 1, lettera b), per la fornitura di beni e servizi diversi da quelli socio-sanitari ed educativi, in deroga alla disciplina in materia di contratti della pubblica amministrazione, senza specificare ulteriori limitazioni. Tale circostanza, secondo la Commissione Europea, era lesiva del regime concorrenziale in quanto riservava in esclusiva ad un soggetto la possibilità di affidamento diretto di commesse e appalti. È stato quindi necessario intervenire sulla norma limitando la deroga, nel nuovo primo comma, al di sotto delle soglie Comunitarie. Parallelamente ed è stato ridefinito l'ambito soggettivo di applicazione della disposizione, estendendolo, da un lato, agli enti pubblici economici ed alle società di capitali a partecipazione pubblica e, dall'altro, specificando che parti delle convenzioni possono essere, oltre alle cooperative di tipo B, anche analoghi organismi aventi sede negli altri Stati membri della Comunità Europea”.

¹³ Si ricorda che nel vigore della predetta normativa l'Autorità a seguito delle violazioni riscontrate (cfr. delibera n. 34/2011) aveva emanato la determinazione n. 3 del 1.8.2012, contenente “Linee guida per gli affidamenti a cooperative sociali ai sensi dell'art. 5, comma 1, della legge n. 381/1991”, oggetto di riesame con la presente determinazione. L'Autorità, nella delibera 34/2011 ha osservato come alcune legislazioni regionali non fossero conformi con le previsioni della legge n. 381/1991 e, in generale, con i principi degli affidamenti dei contratti pubblici.

ne deriva che la scelta del predetto modulo impone che in fase di esecuzione del servizio o della fornitura affidati siano previsti appositi controlli onde verificare il raggiungimento degli obiettivi prefissati.

Si ricorda, infine, che per gli affidamenti di importo superiore alle soglie, pur sussistendo l'interesse pubblico ad agevolare il reinserimento lavorativo di soggetti svantaggiati, le stazioni appaltanti non possono prevedere affidamenti preferenziali per le cooperative di tipo B, ma devono osservare le procedure ad evidenza pubblica indicate dal Codice, con la facoltà di inserire nei bandi criteri di selezione premianti concernenti l'impiego di lavoratori svantaggiati. Più precisamente, il comma 4 dell'articolo in esame prevede per la fornitura di beni o servizi diversi da quelli socio sanitari ed educativi, di valore pari o superiore alle soglie comunitarie, 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 e quella di adottare specifici programmi di recupero e di reinserimento lavorativo. A ciò si aggiunga che le direttive 17/2004/CE e 18/2004/CE 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, ed, inoltre, hanno disciplinato, in presenza di determinate condizioni, l'indizione di appalti riservati a lavoratori protetti. Tali disposizioni sono state recepite nel Codice dei contratti e nel Regolamento attuativo: il primo riconosce che il principio di economicità può essere subordinato, entro i limiti in cui sia espressamente consentito dalle norme vigenti e dallo stesso Codice, ai criteri, previsti dal bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute e dell'ambiente e alla promozione dello sviluppo sostenibile (art. 2, comma 2). Il successivo articolo 52 attribuisce, inoltre, alle stazioni appaltanti la facoltà di riservare la partecipazione, in relazione a singoli appalti, o in considerazione dell'oggetto di determinati appalti, a lavoratori protetti, oppure riservarne l'esecuzione nel contesto di programmi di lavoro protetti quando la maggioranza dei lavoratori interessati è composta da disabili. Infine, l'articolo 69 prevede che le stazioni appaltanti possono esigere condizioni particolari per l'esecuzione del contratto (che ad esempio attengono ad esigenze sociali o ambientali), purché le stesse siano compatibili con il diritto comunitario e, tra l'altro, con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità e siano precisate nel bando di gara, nella lettera di invito o nel capitolato d'oneri.

Applicazione dell'art. 5 l. 381/1991

La prassi applicativa dell'art. 5, l. 381/1991 ha mostrato sensibili divergenze rispetto al modello indicato dal legislatore per quanto riguarda: la mancata rotazione delle cooperative affidatarie; il non corretto calcolo del valore a base di gara e l'affidamento per servizi e forniture di importo superiore alle soglie comunitarie; il ricorso al modello convenzionale anche per l'affidamento di servizi diversi da quelli strumentali dell'amministrazione; l'insufficienza delle verifiche successive all'affidamento e all'esecuzione del contratto; l'omissione degli obblighi informativi verso l'Autorità.

Si ritiene, pertanto, opportuno fornire indicazioni puntuali in merito agli affidamenti a cooperative sociali di tipo B, ulteriori rispetto a quelle già formulate nell'ambito della determinazione 3/2012, a cui si rinvia.

a) Soggetti beneficiari delle convenzioni ex art. 5, comma 1, l. 381/1991

Soggetti beneficiari delle convenzioni sono esclusivamente le cooperative sociali di tipo B (nonché le cooperative miste per la parte relativa all'attività finalizzata all'inserimento di persone svantaggiate), purché abbiano almeno il 30 per cento dei lavoratori (soci o non) costituito da persone svantaggiate ai sensi dell'art. 4 della stessa legge e i consorzi di cooperative sociali, purché costituiti almeno al 70% da cooperative sociali, a condizione che le attività convenzionate siano svolte esclusivamente da cooperative sociali di inserimento lavorativo.

In base alle previsioni del comma 2 dell'art. 5 in esame e nel rispetto del principio di non discriminazione del Trattato UE, possono, inoltre, richiedere di convenzionarsi con gli enti pubblici italiani anche gli analoghi operatori aventi sede negli altri Stati membri della Comunità Europea, 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 con idonea documentazione del possesso dei requisiti stessi ovvero il 30% di persone svantaggiate nella compagine lavorativa.

L'iscrizione all'albo regionale, effettuata sulla base di un insieme di elementi concernenti la capacità professionale ed economico finanziaria delle cooperative sociali, è condizione necessaria per la stipula delle convenzioni, come ribadito, tra l'altro, dall'Autorità con parere n. 40 del 2 aprile 2009 ed è necessario che la stessa perduri per tutta la durata dell'affidamento. La cancellazione dall'albo dovrebbe, infatti, essere prevista come causa di risoluzione della convenzione.

Va, peraltro, osservato che, laddove l'albo non sia stato istituito, le cooperative sociali devono, comunque, attestare il possesso dei requisiti previsti dagli articoli 1 e 4 della legge n. 381/1991.

b) L'attività oggetto di esenzione

La disciplina in esame, derogando ai principi generali di concorrenza tra operatori economici, ha valenza eccezionale e, pertanto, deve essere interpretata in maniera restrittiva. Ne consegue che non è possibile fare rientrare nel suo campo di applicazione contratti diversi da quelli specificamente indicati dal legislatore (Cons. Stato, V, 11 maggio 2010, n. 2829): fornitura di beni e servizi diversi da quelli socio-sanitari. In considerazione di tale fondamentale principio il Consiglio di Stato ha, ad esempio, statuito che l'attività di gestione di una manifestazione fieristica su un campo sportivo comunale – implicando la gestione di un bene pubblico e lo svolgimento di un'attività rivolta ai cittadini e non all'amministrazione – non rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 5 della legge n. 381 del 1991, con la conseguenza che la scelta del gestore deve avvenire nel rispetto delle procedure amministrative poste a tutela della concorrenza (cfr. Cons. Stato, sez. VI 29.4.2013 n. 2342). Per le medesime ragioni il Consiglio di Stato ha anche ritenuto illegittimo l'affidamento diretto del servizio di trasporto urbano e per le zone rurali nel territorio, operato da un comune in favore di una cooperativa sociale di tipo B sulla base di quanto disposto dalla legge n. 381/1991, laddove si riscontri che l'affidamento ha ad oggetto una concessione di servizio pubblico (Cons. Stato, sez. V, 16.4.2014 n. 1863).

c) La durata dell'affidamento

Nel caso di affidamenti a cooperative sociali di tipo B, l'oggetto dell'affidamento non può essere limitato alla mera acquisizione di beni o servizi strumentali, ma, secondo quanto previsto dall'art. 5 della legge n. 381/91, si deve tener conto anche della finalità sociale dello stesso, che ne giustifica la deroga.

Infatti, l'oggetto della convenzione è qualificato dal perseguimento dell'obiettivo del reinserimento lavorativo di soggetti svantaggiati.

Tuttavia, anche mediante la nuova formulazione dell'art. 5, il legislatore ha voluto chiarire la preminenza negli affidamenti pubblici dei principi comunitari in materia di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, nonché di economicità ed efficienza dell'azione amministrativa, economicità che può essere subordinata a esigenze di carattere sociale, che tuttavia non possono giungere fino ad annullare i principi generali in materia di appalti.

Si pone, quindi, la necessità di contemperare la finalità del reinserimento lavorativo con il vincolo, tipico della normativa sugli appalti pubblici, che la durata delle convenzioni non superi un limite temporale ragionevole, avuto riguardo all'oggetto della convenzione medesima. Le amministrazioni, pertanto, devono definire adeguatamente la durata delle convenzioni, affinché non sia di fatto preclusa ad altre cooperative la possibilità di presentare domanda di convenzionamento, nonché verificare che gli obiettivi stabiliti siano effettivamente perseguiti ed attuati.

Come già evidenziato per gli affidamenti a favore delle imprese del terzo settore, sono di regola preclusi gli istituti della proroga e del rinnovo tacito, anche se potenzialmente giustificabili da esigenze di natura sociale. A differenza del caso esaminato in precedenza, per le cooperative sociali di tipo B il soggetto debole da tutelare è proprio il lavoratore svantaggiato, pertanto potranno essere valutate positivamente formule di salvaguardia (clausole sociali) presenti nel bando e dirette ai singoli lavoratori.

d) Il calcolo della soglia

Il ricorso al modulo convenzionale è ammissibile soltanto per la fornitura di beni e servizi il cui importo stimato al netto di iva sia inferiore alle soglie comunitarie. Il valore di tali affidamenti deve essere calcolato in conformità alla disposizione dell'art. 29 del Codice, includendo, quindi, il valore di eventuali rinnovi, che devono essere espressamente previsti già al momento in cui viene indetta la procedura di scelta del contraente.

Come già più volte richiamato dall'Autorità ed in linea con quanto previsto dal Codice dei Contratti all'art. 29, comma 4, «nessun progetto ... di acquisto volto ad ottenere un certo quantitativo di forniture o di servizi può essere frazionato al fine di escluderlo dall'osservanza delle norme che troverebbero applicazione se il frazionamento non vi fosse stato». In altri termini, l'Autorità valuta con sospetto gli affidamenti effettuati da una stazione appaltante ad un medesimo soggetto per gli stessi servizi (o sostanzialmente equivalenti), di durata limitata, ma ripetuti nel tempo, che singolarmente non raggiungono le soglie di fatturato comunitarie, mentre le superano se considerati nel loro complesso.

Anche il frazionamento orizzontale (unico servizio, suddiviso in più affidamenti a diversi soggetti), può rappresentare un indizio di elusione della normativa.

e) La procedura di affidamento

L'unica procedura che appare compatibile con gli affidamenti a cooperative sociali di tipo B è quella dell'offerta economicamente più vantaggiosa, in quanto la stazione appaltante deve poter valutare l'effettivo perseguimento dell'obiettivo di reinserimento dei lavoratori, essendo disponibile a sacrificare (in parte) per questo obiettivo l'economicità dell'affidamento. Si ritiene, infatti, che il programma di recupero e reinserimento lavorativo delle persone svantaggiate debba essere oggetto di specifica valutazione nell'ambito del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, quale parte integrante del progetto tecnico.

In linea più generale, nella determinazione n. 7/2011, è stato osservato che il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa può consentire di attribuire rilievo ad elementi oggettivi, legati alla realizzazione di particolari obiettivi, di valenza non economica, purché siano collegati all'oggetto dell'appalto e consentano di effettuare una valutazione degli offerenti sulla base dei relativi criteri economici e qualitativi, considerati nell'insieme allo scopo di individuare le offerte che presentano il miglior rapporto qualità/prezzo. Con specifico riguardo all'utilizzo di criteri a valenza sociale per l'affidamento di servizi e forniture, l'articolo 283, comma 2, del Regolamento stabilisce che, al fine della determinazione dei criteri di valutazione delle offerte, le stazioni appaltanti hanno la facoltà di concludere protocolli di intesa o protocolli di intenti con soggetti pubblici con competenze in materia di ambiente, salute, sicurezza, previdenza, ordine pubblico, nonché con le organizzazioni sindacali e imprenditoriali, al fine di attuare, nella loro concreta attività di committenza, il principio di cui all'articolo 2, comma 2 ed all'articolo 69 del Codice dei contratti.

f) Gli appalti riservati ai sensi dell'art. 52 d.lgs. n. 163/2006

Gli affidamenti in deroga alle cooperative di tipo B devono essere distinti dai cd. appalti riservati di 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 semplicemente "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 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.

Le disposizioni di cui all'art. 5 della legge n. 381 del 1991 e dell'art. 52 del D. Lgs. n. 163 del 2006, pur accomunate dalla identica natura eccezionale (e derogatoria rispetto alla disciplina comune) e dalla medesima finalità di protezione delle persone svantaggiate (in attuazione dei principi costituzionali di uguaglianza e solidarietà), hanno ambiti di applicazione e regolano fattispecie del tutto differenti e non sovrapponibili tra di loro (cfr. Cons. Stato, sez. V, 27.3.2015 n. 1620).

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.

g) Verifiche in corso di esecuzione

Come già evidenziato, 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. 381/91, 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 ed - in caso di esito negativo - adotti le conseguenti determinazioni (es. risoluzione della convenzione e comunicazione all'albo ai fini della cancellazione). Inoltre, in considerazione del fatto che la deroga alla regola dell'evidenza pubblica può giustificarsi solo in relazione all'obiettivo di generare opportunità di 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 un numero minimo di persone svantaggiate, pari almeno al 30% del personale che esegue le prestazioni previste in convenzione.

h) Gli obblighi di comunicazione all'Autorità

La limitazione della deroga nei termini sopra indicati fa sì che gli affidamenti mediante modulo convenzionale siano soggetti agli obblighi di comunicazione all'Autorità, così come chiarito con Comunicato del Presidente del 27 luglio 2010, G.U. 31.7.2010., anche in relazione all'acquisizione del CIG. Le comunicazioni vanno effettuate secondo le soglie e le procedure vigenti per la generalità degli affidamenti.

Per quanto concerne gli obblighi di tracciabilità, l'Autorità ha già chiarito che questi valgono anche per le somme erogate a seguito di convenzioni, di cui all'art. 5 della legge n. 381/91, a cooperative sociali (si veda il paragrafo 4.6 della Determinazione n. 4 del 7 luglio 2011, Linee guida sulla tracciabilità dei flussi finanziari ai sensi dell'articolo 3 della legge 13 agosto 2010, n. 136).