

I giudici amministrativi hanno chiarito che l'art. 5 della legge n. 381/1991 attribuisce alle stazioni appaltanti la facoltà di stipulare convenzioni per la gestione di servizi pubblici con cooperative sociali, in deroga alle regole dell'evidenza pubblica. Gli enti possono avvalersi di tale discrezionalità però soltanto nel caso in cui l'importo dell'affidamento sia inferiore alle soglie comunitarie

Cooperative sociali: affidamenti diretti solo per importi sotto soglia

TAR LAZIO, SEZ. III QUATER, SENTENZA N. 11093 DEL 9 DICEMBRE 2008

Servizi pubblici - Affidamenti diretti - A cooperative sociali - Possibilità - Importi inferiori alla soglia comunitaria - Necessità

L'art. 5 della legge n. 381/1991 prevede 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, co. 1.

Servizi pubblici - Affidamenti diretti - A cooperative sociali - Importi inferiori alla soglia comunitaria - Necessità - Per consentire l'esenzione dalla procedura di gara - Valutazione di affidamenti successivi - Regole
L'importo del servizio concesso in affidamento diretto deve risultare sotto la soglia comunitaria per consentire l'esenzione dalla procedura di gara. Nel caso in cui il servizio risulti affidato alla medesima cooperativa per un'ulteriore fase di sperimentazione, "allo scopo di evitare soluzione di continuità nell'offerta del servizio", i due periodi non possano essere valutati disgiuntamente, perché svolti senza soluzione di continuità per periodi brevi e ravvicinati tra loro tali da rendere di difficile comprensione l'insorgenza di valutazioni nuove atte a giustificare una proroga dell'affidamento iniziale per un importo tale da essere da solo sopra la soglia comunitaria.

di Federica Caponi

Consulente di enti pubblici e società partecipate.

Le pubbliche amministrazioni e le società partecipate possono affidare direttamente la gestione di servizi pubblici, a esclusione di quelli socio-sa-

nitari ed educativi, alle cooperative sociali di tipo b) (ex art. 5 della legge n. 381 dell'8 novembre 1991) soltanto se l'importo complessivo del-

l'affidamento è inferiore alla soglia comunitaria. In caso contrario, gli enti pubblici, compresi quelli economici e le società di capitali a partecipazione pubblica, sono vincolati al rispetto dell'obbligo di confronto concorrenziale per l'individuazione del soggetto cui affidare lo svolgimento dei servizi, non essendo legittimamente applicabile la deroga alle regole di evidenza pubblica.

Inoltre, nel caso in cui l'ente affidi la gestione del medesimo servizio allo stesso soggetto per periodi brevi e ravvicinati tra loro, senza soluzione di continuità, i due affidamenti vanno considerati congiuntamente, come un unico periodo valutabile nella sua interezza e, pertanto, l'importo dell'appalto deve essere considerato complessivamente.

Questi gli importanti principi sanciti dal Tar Lazio, sez. III *quater*, nella sentenza n. 11093 del 9 dicembre 2008.

I giudici amministrativi hanno chiarito che l'art. 5 della legge n. 381/1991 attribuisce alle stazioni appaltanti la facoltà di stipulare convenzioni per la gestione di servizi pubblici con cooperative sociali che svolgano attività agricole, industriali, commerciali o di servizi, finalizzate all'inserimento lavorativo di persone svantaggiate, in deroga alle regole dell'evidenza pubblica.

Gli enti possono avvalersi di tale discrezionalità però soltanto nel caso in cui l'importo dell'affidamento sia inferiore alle soglie comunitarie.

Il Tar Lazio ha così accolto il ricorso presentato da una società avverso gli atti con i quali un ente pubblico aveva disposto l'affidamento diretto in favore di un consorzio di cooperative sociali di alcuni servizi pubblici.

Nel caso di specie, una PA aveva affidato direttamente a un consorzio di cooperative la concessione di un servizio pubblico per un importo di circa 200mila euro e successivamente la stessa amministrazione aveva nuovamente deliberato l'affidamento dello stesso servizio al medesimo concessionario per un ulteriore periodo "allo scopo di evitare soluzione di continuità nell'offerta del servizio", per un importo superiore alle soglie comunitarie.

La ricorrente aveva lamentato la violazione dell'art. 7, comma 2, del Dlgs n. 157/1995, sostenendo che tale disposizione elenca in modo tassativo e puntuale le ipotesi in cui l'amministrazione ha la facoltà di procedere all'aggiudicazione di un appalto senza ricorrere a una procedura di gara, mentre l'ente pubblico aveva sostenuto che l'affidamento in questione era avvenuto sulla base della convenzione stipulata ai sensi dell'articolo 5 della legge n. 381 del 1991 e dell'articolo 12 della legge n. 68 del 1999, entrambe riguardanti le società cooperative.

Il Collegio ha preliminarmente precisato che l'art. 12 della legge n. 68/1999, concernente "Convenzioni di inserimento lavorativo temporaneo", è riferibile al lavoro individuale e cioè a quello di cui la cooperativa, cui è affidato il servizio, deve avvalersi mediante l'assunzione di disabili, ed è pertanto irrilevante rispetto al quadro giuridico di riferimento in materia di affidamento di servizi da parte di una pubblica amministrazione.

Al contrario, la norma contenuta nell'art. 5 della citata legge n. 381/1991 risulta effettivamente applicabile alla fattispecie in discussione.

La questione di fondo

L'oggetto della fattispecie al vaglio del Tar Lazio è la verifica della sussistenza o meno, in capo alle stazioni appaltanti, della facoltà di derogare alle regole di evidenza pubblica, in virtù di quanto disciplinato dall'art. 5 della legge n. 381/1991, anche a seguito dell'entrata in vigore del Dlgs. n. 163/2006, così detto Codice dei contratti pubblici, a favore delle cooperative sociali per l'affidamento di servizi pubblici diversi da quelli socio-sanitari ed educativi.

I giudici hanno comunque precisato che anche nel caso in cui tale norma trovi applicazione, la stessa non può consentire una completa deroga al generale obbligo di confronto concorrenziale in caso di utilizzo di risorse pubbliche per l'individuazione di un soggetto privato cui affidare lo svolgimento di servizi pubblici. Costituisce, infatti, secondo il Tar, elusione dei principi generali della trasparenza e dell'imparzialità il frazionamento dell'importo complessivo in più importi parziali relativi alle prestazioni connesse al servizio che si intende affidare in via diretta, in quanto in tal modo viene tolta qualunque vitalità al limite di importo stabilito nella norma richiamata, al fine dell'operatività dell'eccezione in essa contenuta.

L'approfondimento

L'art. 5 della legge n. 381/1991 prevede 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.

@ Il testo della sentenza sul sito
www.dpa.ilssole24ore.com

Per la stipula di tali convenzioni, le cooperative sociali devono essere iscritte all'albo regionale e gli analoghi organismi aventi sede negli altri Stati membri della Comunità europea devono essere in possesso di requisiti equivalenti a quelli richiesti per l'iscrizione a tale albo e risultare iscritti nelle liste regionali, ovvero dare dimostrazione con idonea documentazione del possesso dei requisiti stessi.

Tale norma ha imposto alle regioni di rendere noto annualmente, attraverso la pubblicazione nella *Gazzetta Ufficiale* della Comunità europea, i requisiti e le condizioni richiesti per la stipula delle convenzioni, nonché le liste regionali degli organismi che ne abbiano dimostrato il possesso alle competenti autorità regionali.

Ai sensi dell'art. 1 della legge n. 381/1991 sono cooperative sociali quelle che *"hanno lo scopo di perseguire l'interesse generale della comunità alla promozione umana e all'integrazione sociale dei cittadini attraverso a) la gestione di servizi socio-sanitari ed educativi; b) lo svolgimento di attività diverse - agricole, industriali, commerciali o di servizi - finalizzate all'inserimento lavorativo di persone svantaggiate"*.

Sono persone svantaggiate, ai sensi dell'art. 4 della stessa legge, gli invalidi fisici, psichici e sensoriali, gli ex degenti di ospedali psichiatrici, anche giudiziari, i soggetti in trattamento psichiatrico, i tossicodipendenti, gli alcolisti, i minori in età lavorativa in situazioni di difficoltà familiare, le persone detenute o internate negli istituti penitenziari, i condannati e gli internati ammessi alle misure alternative alla detenzione e al lavoro all'esterno e in generale *"i soggetti indicati con Dpcm, su proposta del ministro del Lavoro, 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"*.

Le persone che devono usufruire dei programmi di inserimento lavorativo devono costituire almeno il 30% dei lavoratori della cooperativa e *"compatibilmente con il loro stato soggettivo, essere socie della cooperativa stessa"* (Tar Puglia, Bari, sent. n. 2265/2002).

La possibilità di affidare direttamente la gestione dei servizi pubblici alle cooperative sociali, in deroga alle procedure di gara, nel caso di importi inferiori alle soglie comunitarie, è stata prevista dal legislatore in quanto tali organismi svolgono attività di rilevante interesse pubblico.

Le finalità perseguite dalla cooperazione sociale, tra cui appunto quella di permettere l'inserimento nel mondo del lavoro di soggetti svantaggiati, non consentono agli operatori di tale settore di poter concorrere con gli operatori economici che perseguono

esclusivamente lo scopo di massimizzare i profitti e, pertanto, il legislatore ha così previsto una deroga al principio della libera concorrenza e alla tutela del mercato a favore di questi organismi.

Ai sensi dell'art. 41 della Costituzione infatti ben possono essere posti limiti alla libera iniziativa economica laddove questo sia necessario per fini di utilità sociale o per salvaguardare la libertà e la dignità delle persone.

Anche il trattato della Comunità europea tutela tali principi e il giudice comunitario ha anche evidenziato, in numerose occasioni, l'assenza di concorrenzialità nell'erogazione dei servizi a favore di persone in stato di bisogno.

I giudici amministrativi avevano già avuto modo di chiarire che la disciplina contenuta nell'art. 5 della legge n. 381/1991 ha carattere assolutamente eccezionale e *"il rinvio allo strumento della convenzione, finalizzato ad assicurare l'avviamento al lavoro di persone svantaggiate, non può consentire una completa deroga al generale obbligo di confronto concorrenziale in caso di utilizzo di risorse pubbliche per l'individuazione di un soggetto privato cui affidare lo svolgimento di servizi pubblici, per cui occorre il ricorso a un confronto nel rispetto dei principi generali della trasparenza e della par condicio"* (Tar Liguria, Genova, sez. I, n. 695 del 27 giugno 2006).

La deroga al principio dell'evidenza pubblica, disciplinata dall'art. 5 della citata norma, è stata ammessa anche dal Codice dei contratti pubblici (Dlgs n. 163/2006) con l'art. 52 (*"appalti riservati"*), il quale espressamente fa salve le norme vigenti in materia di cooperative sociali.

Pertanto, come tutte le deroghe alle regole generali, non può essere interpretata estensivamente, ma applicata avendo riguardo al dato testuale e alla ratio ispiratrice della norma.

Anche il Tar Liguria, con la sentenza n. 514/2004, aveva precisato che *"l'art. 5 della legge n. 381/1991 consente una deroga al principio della gara solo se l'appalto del servizio riguarda cooperative sociali e l'importo è sotto soglia"*.

Per quanto riguarda gli affidamenti di importo superiore alle soglie comunitarie, il comma 4 della richiamata legge, al contrario, stabilisce che le PA e le società di capitali a partecipazione pubblica, per l'individuazione dell'affidatario, devono esperire procedure a evidenza pubblica, con pubblicazione di bandi di gara, ma riconosce comunque alle stazioni appaltanti la facoltà di prevedere, *"fra le condizioni di esecuzione, l'obbligo di eseguire il contratto con l'impiego delle persone svantaggiate [...], e con l'adozione di specifici programmi di recupero e inserimento lavorativo"*.

A tal proposito, il Consiglio di Stato ha avuto modo di precisare che nel caso di importi superiori alle soglie comunitarie la PA appaltante non può legittimamente limitare alle sole società cooperative d'utilità sociale l'ammissione a una gara, d'importo superiore alla soglia comunitaria, relativa a un appalto di servizi (nella specie, si trattava di custodia e pulizia di edifici scolastici), essendo ciò possibile solo per gli appalti così detti "sotto soglia" (Cons. Stato, sez. V, sent. n. 4580/2001).

La regola dell'evidenza pubblica infatti "costituisce un principio immanente l'ordinamento di settore degli appalti, ancor più se di rilevanza comunitaria, ove vigono i principi di non discriminazione, parità di trattamento e concorrenzialità, la cui applicazione s'impone, di norma, anche agli appalti aventi per oggetto i servizi elencati nell'Allegato II B del Dlgs n. 163/2006" (Tar Lazio, sez. Latina, sent. n. 1211/2007). Inoltre, è opportuno ricordare che un'altra condizione imprescindibile affinché gli enti possano legittimamente affidare direttamente alle cooperative sociali di tipo b) la gestione di servizi pubblici, oltre al limite dell'importo dell'appalto, è costituito dall'iscrizione delle stesse cooperative all'albo regionale.

Le stazioni appaltanti, infatti, non possono stipulare le convenzioni ex art. 5 della legge n. 381/1991, con le cooperative sociali sprovviste dell'iscrizione all'albo regionale delle cooperative sociali, previsto dall'art. 9, comma 1, della predetta legge, neppure nel caso in cui tale mancata iscrizione dipenda dall'omessa emanazione della normativa di attuazione da parte della regione di riferimento.

Il requisito dell'iscrizione all'albo regionale è posto espressamente quale presupposto necessario per la stipula delle citate convenzioni, atteso che tale iscrizione viene effettuata sulla base di un insieme di elementi concernenti la capacità professionale ed economico-finanziaria delle cooperative sociali e pertanto tale requisito deve giudicarsi imprescindibile (Corte dei conti Campania, sez. contr., delibera n. 19/2008).

Anche la giurisprudenza amministrativa ha precisato che a nulla rileva la circostanza che una cooperativa, esclusa ai fini della stipula di convenzioni per forniture di servizi, abbia sede legale in una regione che non abbia attivato l'albo di cui al citato art. 9 della legge n. 381/1991 (Tar Umbria, sent. n. 284/1996).

Né a diversa conclusione si può pervenire nel caso in cui la cooperativa, sebbene non iscritta all'Albo regionale, sia regolarmente iscritta sia alla Camera di commercio ai fini fiscali, sia all'Albo nazionale istituito dal Dm 23 giugno 2004, in attuazione dell'art. 9 del Dlgs n. 6/2003 e dell'art. 223-sexiesdecies delle norme di attuazione e transitorie del codice civile (Corte dei conti Campania, sez. contr., delibera n. 19/2008).

Per quanto riguarda la verifica dell'importo dell'appalto, il Tar Lazio, nella sentenza in commento, ha fornito alcune importanti precisazioni.

I giudici amministrativi hanno infatti chiarito che nel caso in cui un ente abbia affidato la gestione di un servizio per periodi consecutivi e senza soluzione di continuità al medesimo soggetto, i due periodi menzionati non possono che essere considerati congiuntamente e danno luogo come tali a un unico periodo, lo stesso deve essere valutato nella sua interezza.

In caso contrario, si realizzerebbe una facile elusione della disciplina contenuta nel citato art. 5, atteso che sarebbe sufficiente frazionare l'importo complessivo in più importi parziali relativi alle prestazioni connesse al servizio che si vuole dare in affidamento diretto e togliere, in tal modo, qualunque vitalità al limite di importo stabilito nella norma sopra richiamata al fine dell'operatività dell'eccezione in essa contenuta.

Conclusioni

Il Tar Lazio ha, pertanto, ribadito che è legittimo da parte di una stazione appaltante l'affidamento diretto della gestione di servizi pubblici, diversi da quelli socio-sanitari ed educativi, a favore di una cooperativa sociale, ai sensi del combinato disposto dell'art. 5 della legge n. 381/1991 e dell'art. 52 del Codice dei contratti pubblici (Dlgs n. 163/2006) nel caso in cui:

- l'importo complessivo dell'affidamento sia inferiore alle soglie comunitarie;
- la cooperativa sia iscritta all'Albo regionale delle cooperative sociali;
- la cooperativa, nell'esercizio delle attività a essa affidate, impieghi soggetti svantaggiati, attuando progetti di inserimento lavorativo. Le persone che devono usufruire di tali programmi devono costituire almeno il 30% dei lavoratori della cooperativa.

In merito al caso di specie, i giudici amministrativi hanno accolto il ricorso presentato da una società avverso le due delibere con cui un ente pubblico aveva affidato direttamente a una cooperativa sociale, rispettivamente, la concessione di un servizio pubblico per un primo periodo per un importo di circa € 200.000,00 e lo stesso servizio per un'ulteriore fase di sperimentazione "allo scopo di evitare soluzione di continuità nell'offerta del servizio", per un importo sopra la soglia comunitaria.

Il Tar ha annullato gli atti ritenendo i due affidamenti congiunti, perché inerenti al medesimo servizio e svolti senza soluzione di continuità per periodi brevi e ravvicinati tra loro, tali da rendere di difficile comprensione l'insorgenza di valutazioni nuove atte a giustificare una proroga dell'affidamento iniziale e, pertanto, illegittimi in quanto in contrasto con la disciplina contenuta nell'art. 5 della legge n. 381/1991 •

IN SINTESI

TAR LAZIO, SEZ. III QUATER, SENTENZA
N. 11093 DEL 9 DICEMBRE 2008

Il fatto

Una società aveva impugnato gli atti con i quali una stazione appaltante aveva disposto l'affidamento diretto in favore di un consorzio di cooperative sociali di servizi pubblici. In particolare, l'ente aveva affidato direttamente con un primo atto la concessione di un servizio pubblico relativamente al periodo giugno-novembre per un importo di € 200.00,00 e, quindi, tale da poter essere ricondotto alla disciplina dell'art. 5, L. n. 381/1991, che consente l'esenzione dalle procedure di gara.

Successivamente la stazione appaltante aveva affidato di nuovo lo stesso servizio alla medesima cooperativa per il periodo novembre-gennaio per un importo sopra la soglia comunitaria. La ricorrente aveva lamentato la violazione dell'art. 7, comma 2, del Dlgs n. 157/1995, sostenendo che tale disposizione elenca in modo tassativo le ipotesi in cui l'amministrazione ha la facoltà di procedere all'aggiudicazione

di un appalto senza ricorrere a una procedura di gara, mentre l'ente pubblico aveva sostenuto che l'affidamento in questione era avvenuto sulla base della convenzione stipulata ai sensi dell'art. 5 della L. n. 381/1991 e dell'art. 12 della L. n. 68/1999, entrambe riguardanti le società cooperative.

La decisione

Il Tar Lazio ha chiarito che è legittimo, da parte di una stazione appaltante, l'affidamento diretto della gestione di servizi pubblici, diversi da quelli socio-sanitari ed educativi, a favore di una cooperativa sociale soltanto nel caso in cui l'importo complessivo dell'affidamento sia inferiore alle soglie comunitarie, la cooperativa sia iscritta all'Albo regionale delle cooperative sociali e la stessa garantisca, nell'esercizio delle attività affidate, l'attuazione di progetti finalizzati all'inserimento lavorativo di soggetti svantaggiati. È stato, quindi, accolto il ricorso presentato dalla ricorrente e sono stati dichiarati illegittimi gli atti di concessione del servizio, ritenendo i due affidamenti

congiunti, perché inerenti al medesimo servizio e svolti senza soluzione di continuità.

I precedenti

La sentenza del Tar Lazio conferma l'interpretazione dominante da parte del GA. La disciplina contenuta nell'art. 5 della L. n. 381/1991, infatti, ha carattere assolutamente eccezionale e il rinvio allo strumento della convenzione non può consentire una completa deroga al generale obbligo di confronto concorrenziale in caso di utilizzo di risorse pubbliche, per l'individuazione di un soggetto privato, cui affidare lo svolgimento di servizi pubblici (Tar Liguria, Genova, sez. I, sent. n. 695/2006, Tar Lazio, Latina, sent. n. 1211/2007, Tar Liguria, sent. n. 514/2004, Tar Puglia, Bari, sent. n. 2265/2002, Consiglio Stato, sez. V, sent. n. 4580/2001). Inoltre, anche la Corte dei conti Campania, sez. contr., del. n. 19/2008 ha ribadito che l'iscrizione della cooperativa all'Albo regionale è un presupposto necessario per la stipula delle convenzioni ex art. 5, della Legge n. 381/1991.

Per informazioni: redazione.dpa@ilsole24ore.com



La tua Rivista
continua on line

all'indirizzo:
www.dpa.ilsole24ore.com

Il Sole
24 ORE