

***Relazione al convegno “Gli affidamenti dei servizi alle cooperative sociali”,
Consorzio per l’Alta Formazione e lo Sviluppo della Ricerca scientifica in
Diritto Amministrativo
Osimo, 2 febbraio 2010***

Ringrazio il Consorzio per l’Alta Formazione e lo Sviluppo della Ricerca scientifica in Diritto Amministrativo per l’invito che ha rivolto all’Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici, la quale dimostra un interesse sempre crescente verso il tema relativo all’affidamento delle commesse pubbliche ai soggetti del terzo settore, anche come strumento di concreta attuazione del principio di inclusione attiva ai sensi degli articoli 1, 4 e 45 della carta costituzionale.

In tale ambito, l’Autorità ha avuto modo di approfondire, in particolare, la questione dell’inserimento e dell’accesso delle persone disabili nell’esecuzione degli appalti pubblici, attraverso i due principali strumenti offerti dal Codice dei contratti pubblici (decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163): l’articolo 52, che disciplina i cd. appalti riservati, e l’articolo 69, che regola le condizioni particolari di esecuzione che possono essere disciplinate nel contratto tra le quali le cd. clausole sociali. Sono stati, inoltre, adottati numerosi pareri e deliberazioni su casi specifici volti ad approfondire le regole applicabili all’aggiudicazione di appalti di servizi sociali, rientranti tra i cd. servizi non prioritari di cui all’Allegato II B del Codice.

1. I servizi sociali: breve inquadramento normativo

La legge n. 59 del 1997 ed il relativo d.lgs. n. 112 del 1998 definiscono i servizi sociali come tutte quelle 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”*. La definizione è rimasta invariata anche a seguito dell’emanazione dalla c.d. legge quadro istitutiva del sistema integrato dei servizi sociali (legge n. 328 del 2000).

Quest’ultimo intervento normativo costituisce il punto di approdo di un lungo processo evolutivo che, a partire dagli anni settanta, ha comportato il progressivo trasferimento delle funzioni dallo Stato alle Regioni e l’abbandono della concezione tradizionale basata sulla beneficenza pubblica. In estrema sintesi, la legge n. 328, mentre attribuisce la responsabilità della programmazione e dell’organizzazione del sistema integrato

agli enti territoriali, riconosce e promuove il ruolo degli enti non lucrativi non soltanto quali fornitori di servizi, ma anche nella programmazione e nella realizzazione degli interventi. In questo senso, basti ricordare il comma 5 dell'articolo 1 della legge citata secondo cui *“alla gestione ed 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”*.

Ciò induce ad affrontare nel dettaglio la complessa tematica delle modalità di esternalizzazione dei relativi servizi, in un settore in cui, evidentemente, i principi tradizionali della contrattualistica pubblica devono essere conciliati con esigenze e finalità di carattere sociale.

2. L'inquadramento della fattispecie ai sensi del Codice appalti

Alla luce delle disposizioni del Codice appalti (tralasciando, pertanto, le forme di gestione basate su accordi di natura negoziale laddove ammesse dalla normativa speciale vigente) vengono in rilievo due distinte fattispecie:

1. la concessione di servizi di cui all'articolo 30 del Codice;
2. l'appalto di servizi non prioritari di cui all'allegato II B del Codice.

Con riguardo alle concessioni di servizio, la fattispecie si inquadra, da un punto di vista sistematico, tra le forme di partenariato pubblico privato di tipo contrattuale, come di recente definite dall'articolo 3 comma 15 *ter* del Codice. Come noto, il Codice appalti detta al riguardo una disciplina minimale che deve essere coordinata con le discipline settoriali, qualora queste prevedano forme più ampie di tutela della concorrenza. In tal senso, se il servizio oggetto di affidamento può qualificarsi come servizio pubblico locale, vengono in rilievo le modalità di esternalizzazione previste dalle relative normative di settore, da distinguersi, come noto, anche in base alla rilevanza economica o non economica riconosciuta al servizio. Il tema, di stretta attualità, è particolarmente complesso, attesa l'assenza di una nozione legislativamente definita di servizio pubblico locale, che rende ardua l'esatta individuazione della normativa applicabile e, conseguentemente, la delimitazione dell'ambito di applicazione della recente riforma di cui all'articolo 23 *bis* della legge n. 133/2008, come modificato da ultimo dall'articolo 15 della legge n. 166 (*"Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 25 settembre 2009, n. 135, recante disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e per l'esecuzione di sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee. (09G0180)"*)¹.

In merito, si rammenta brevemente che la Commissione europea, nel Libro Verde sui servizi di interesse generale (COM-2003-270) del 21 maggio 2003, ha affermato che le norme sulla concorrenza si applicano

soltanto alle attività economiche, dopo aver precisato che la distinzione tra attività economiche e non economiche “*ha carattere dinamico ed evolutivo, cosicché non sarebbe possibile fissare a priori un elenco definitivo dei servizi di interesse generale di natura non economica*”. Conseguentemente, la riconduzione nel novero dei servizi pubblici locali è spesso operata, soprattutto per i servizi di rilevanza minore, in via di interpretazione giurisprudenziale e dottrinale, con esiti non sempre uniformi. In linea molto generale, è dato registrare una tendenza verso la valorizzazione, a fini definitivi, del momento “politico” di assunzione del servizio da parte dell’ente locale².

A ciò si aggiungono le difficoltà legate alla qualificazione della rilevanza economica del servizio che, alla luce della giurisprudenza più recente, non dipende tanto dall’oggetto dell’attività, quanto dalle modalità di gestione (e non sarebbe, quindi, definibile in astratto ed a priori)³ e dalle condizioni del mercato in cui il servizio si innesta (esistenza o meno di concorrenza, anche potenziale).

Per quello che qui interessa, a titolo esemplificativo, la giurisprudenza amministrativa ha stabilito che “*sono da considerare a rilevanza economica i servizi di gestione del centro educativo diurno per minori, servizio di mensa sociale, assistenza domiciliare in favore di persone anziane e/o svantaggiate, consegna di pasti caldi a domicilio, servizi di gestione del centro di aggregazione per anziani, servizi relativi a parcheggi pubblici, servizi connessi ad impianti sportivi, servizi di trasporto pubblico scolastico, turistico, di disabili, ecc. . I suddetti servizi pubblici possiedono rilevanza economica, poiché si tratta di attività suscettibili, in astratto, di essere gestite in forma remunerativa e per le quali esiste certamente un mercato concorrenziale*” (C.d.S. sez. V 30/8/2006 n. 5072). Si applicherebbe, pertanto, a tali servizi quanto previsto dall’articolo 23 bis citato con affidamento della gestione in via ordinaria: (i) a favore di imprenditori o di società mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi del Trattato che istituisce la Comunità europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità; (ii) a società miste, purché la selezione del socio avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi menzionati, le quali abbiano ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l’attribuzione dei compiti operativi l’attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio e che al socio sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40 per cento. Si rammenta, infine, che la cd. gestione *in house* è consentita soltanto qualora motivazioni di carattere economico, sociale, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento non permettono un efficace e utile ricorso al mercato.

Con riguardo alla distinta fattispecie dell’appalto di servizi, si ritiene preliminare un accenno alla sostanziale differenza tra servizi prioritari e non prioritari: i primi integralmente soggetti alla disciplina ordinaria del Codice, mentre i secondi soggetti esclusivamente ad alcune disposizione peculiari ed ai principi generali.

Tale distinzione deriva dal XIX considerando della Direttiva 92/50 ed oggi dal XIX considerando Direttiva 2004/18/CE secondo cui *“l’applicazione integrale della presente direttiva dovrebbe essere limitata, per un periodo transitorio, agli appalti per i quali le disposizioni della direttiva stessa consentiranno il pieno sfruttamento del potenziale di crescita degli scambi con l’estero. Gli appalti degli altri servizi dovrebbero essere sottoposti a osservazione durante tale periodo transitorio prima che una decisione venga presa su una piena applicazione della presente direttiva”*.

Per i servizi sociali, dettagliatamente individuati dalla categoria 25 dell’allegato II B citato, le ragioni per una applicazione parziale del Codice sono rinvenibili nell’articolo 2 del Codice laddove si statuisce che *“il principio di economicità può essere subordinato, entro i limiti in cui sia espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice, ai criteri, previsti dal bando, ispirati a esigenze sociali”*.

Pertanto, ai sensi del successivo articolo 20, l’aggiudicazione di questi appalti è disciplinata esclusivamente:

1. dall’articolo 68 (specifiche tecniche);
2. dall’articolo 65 (avviso sui risultati della procedura di affidamento);
3. dall’articolo 225 (avvisi relativi agli appalti aggiudicati nei settori speciali).

In caso di appalti aventi per oggetto sia servizi elencati nell’allegato II B che nell’allegato II A, essi sono aggiudicati in base all’articolo 20, qualora sia maggioritario il valore dei servizi elencati nell’allegato II B secondo il cd. principio della prevalenza economica.

Inoltre, l’aggiudicazione degli appalti di servizi sociali, a prescindere dal valore economico, deve avvenire nel rispetto di quanto stabilito dall’articolo 27 del Codice, che costituisce una norma di chiusura volta ad assicurare l’applicazione di un nucleo minimo di principi.

La disposizione citata, infatti, prevede,:

“1. L’affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi forniture, esclusi, in tutto o in parte, dall’applicazione del presente codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità. L’affidamento deve essere preceduto da invito ad almeno cinque concorrenti, se compatibile con l’oggetto del contratto.

2. Si applica altresì l’articolo 2, commi 2, 3 e 4.

3. Le amministrazioni aggiudicatrici stabiliscono se è ammesso o meno il subappalto, e, in caso affermativo, le relative condizioni di ammissibilità. Se le amministrazioni aggiudicatrici consentono il subappalto, si applica l’articolo 118”.

Da ciò discende, in primo luogo, l’esclusione di affidamenti diretti al di fuori di qualsiasi confronto competitivo. Tale posizione è da ritenersi, ormai, consolidata ed è stata più volte ribadita sia dall’Autorità

(cfr. *inter alia* deliberazione AVCP n. 1/2009 “Affidamento del servizio di assistenza domiciliare per il decennio 2007-2016”) sia dal Consiglio di Stato (cfr. C.d.S., Adunanza Plenaria, 3 marzo 2008 n. 1 in tema di affidamento diretto del servizio di assistenza domiciliare).

Nello stesso senso si citano:

- TAR Latina, sez. I, 15/11/2007: “*La regola dell’evidenza pubblica costituisce un principio immanente nell’ordinamento di settore degli appalti*”;
- TAR Lazio Roma, sez. III quater, 8/7/2008 n. 6424: “*Secondo la recente giurisprudenza del Consiglio di Stato anche per queste attività, ove pure ritenute escluse dalle regole del codice degli appalti, vale il principio di cui all’articolo 27 che impone comunque l’invito ad almeno cinque concorrenti*”.

Trovano, pertanto, applicazione i principi comunitari di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità

Le regole procedurali discendenti da tali principi sono state chiarite da un’importante comunicazione interpretativa della Commissione C 179/2 DEL 1/8/2006, relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni degli appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive «appalti pubblici» che, come chiarito anche dall’Autorità con deliberazione n. 72/2007 (“*Manutenzione del verde nel periodo 2006-2007. Servizi allegato IIB del Codice dei contratti pubblici*”) deve ritenersi integrativa dell’articolo 27.

Tra queste regole, come più volte statuito dai giudici comunitari, particolare rilevanza è appunto attribuita all’adozione di idonee forme di pubblicità dei bandi ed alla previsione di termini congrui per la presentazione delle offerte.

Il criterio in merito valevole è quello del cd. interesse transfrontaliero.

Più in dettaglio, spetta alle S.A. scegliere il mezzo di pubblicità più adeguato tenendo conto dell’importanza dell’appalto per il mercato interno ed eventualmente comunitario (se sopra soglia) in relazione all’oggetto, importo e pratiche abituali di quel settore.

In questo senso, è stato rilevato che “*l’esclusione di principio delle forme di pubblicità stabilite dalla disciplina comunitaria e da quella nazionale di recepimento per gli appalti pubblici di servizi rispetto alle gare selettive rivolte all’affidamento di servizi pubblici non esclude comunque l’adozione di “adeguati regimi di pubblicità delle procedure di affidamento di servizi pubblici e la loro sottoposizione alle regole basilari del confronto competitivo in base ai principi fondamentali del diritto comunitario enucleabili dalle norme sancite dai trattati e da quelle riprodotte nelle fonti derivate*” (C.d.S., sez. IV, 17 gennaio 2002, n. 253). Il regime di pubblicità assume, quindi, un ruolo servente e strumentale rispetto al perseguimento della più ampia ed effettiva concorrenza tra le imprese: di conseguenza, la sua adeguatezza non può che misurarsi

sulla sua idoneità a consentire un reale confronto concorrenziale tra una pluralità di imprese, secondo una valutazione di strumentalità e funzionalità delle forme (cfr. TAR Puglia Bari sez.I 9/3/2005 n. 995). E' stato, ad esempio, rilevato che la pubblicazione del bando di gara e dei relativi allegati mediante sola affissione all'albo pretorio comunale risulta inidonea a garantire una possibilità di conoscenza alle imprese che operano nel settore (cfr. TAR Puglia Bari n. 995/2005 cit.)

Per quanto riguarda i termini di ricezione delle offerte, a titolo esemplificativo, in un recente precedente (deliberazione n. 7/2009, "*Procedura di gara del Comune di Atri (Teramo) per l'affidamento del servizio di gestione dell'asilo nido comunale*"), l'Autorità ha giudicato eccessivamente ridotto il termine per la ricezione delle offerte, fissato dalla stazione appaltante in soli tre giorni. E' stato, in particolare, ritenuto che l'esiguità del termine assegnato difficilmente potesse aver consentito un'adeguata concorrenza tra le ditte invitate, finendo verosimilmente col favorire, per quanto involontariamente, la ditta che aveva già presentato offerta nella precedente procedura aperta e che, dunque, aveva già pronto il progetto.

In senso conforme può citarsi la sentenza del TAR Puglia Lecce (sez. II 30/3/2007 n. 1333), secondo cui "*è rimessa quindi all'Amministrazione la scelta circa i termini per la presentazione delle offerte, scelta che, lungi dall'essere arbitraria, deve comunque essere effettuata seguendo i principi di cui all'art 27 dello stesso Codice, che introduce per tutte le tipologie di contratti pubblici aventi ad oggetto lavori forniture e servizi esclusi in tutto o in parte dall'applicazione del presente codice, il rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità*".

Al di là della diretta applicazione delle regole discendenti dai principi comunitari, la giurisprudenza amministrativa ha enucleato il cd. principio dell'autovincolo, secondo cui trovano applicazione soltanto le norme del Codice espressamente richiamate dalla *lex specialis*.

La posizione prevalente in merito è di ritenere che il rinvio generale al Codice, presente nella documentazione di gara, non basti a fondare l'applicazione di tutte le disposizioni anche agli appalti di servizi non prioritari (cfr. TAR Piemonte II, n. 1719/2007; TAR Sardegna, I, n. 1674/2007; TAR Lombardia, Milano, I, n. 1380/2008; Tar Puglia, Lecce, sez. III, n. 2292/2008; Consiglio di Stato, sez. V, n. 4270/2008; Tar Puglia, Lecce, sez. II, n. 1333/2007).

L'Autorità, tenendo in considerazione il criterio dell'autovincolo, ha ritenuto (deliberazione n. 7/2009 citata) che, qualora la stazione appaltante richiami nel bando articoli del Codice che fanno riferimento ad una determinata procedura di gara, debbano allora trovare applicazione tutte le disposizioni relative a tale tipologia di procedura (cfr. deliberazione citata, secondo cui l'Ente "*ha bandito una procedura aperta in piena regola, citando espressamente nel bando di gara gli articoli 54 e 55 del D.Lgs. 163/2006. (...) Si ritiene pertanto che la stazione appaltante, pur in presenza di un servizio potenzialmente rientrante nell'Allegato II B (categoria 25), si sia "autovincolata" al rispetto del D.Lgs. 163/2006 bandendo una*

procedura aperta e citando espressamente, nel bando, gli artt. 54-55, con ciò manifestando l'intenzione di assoggettare l'affidamento del servizio alle regole di questo tipo di procedura”).

Altre regole procedurali sono state enucleate sia dall'Autorità che dalla giurisprudenza amministrativa.

Secondo alcune recenti pronunce, nelle gare relative ai servizi non prioritari sarebbe possibile, anche in assenza di specifica disposizione del bando di gara, ricorrere all'avvalimento dei requisiti di cui all'articolo 49 (TAR Lombardia Milano sez. I 7/4/2009 n. 3227: *trattandosi di un principio generale che permette al concorrente di provare i requisiti di capacità richiesti avvalendosi di quelli di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi*). Parimenti, in base ai principi di “*generalità di proporzionalità, tutela della concorrenza e favor participationis*” dovrebbe “*consentirsi agli operatori economici di presentare offerta nella forma del raggruppamento temporaneo verticale, laddove il bando o le peculiarità del servizio da appaltare non ostino all'utilizzo di detto istituto*” (TAR Puglia Bari sez. I 2/12/2009 n. 2990).

Un ragionamento non dissimile ha portato a ritenere (cfr. Parere AVCP n. 130 del 2 novembre 2007) che la certificazione di regolarità in materia di norme sul lavoro dei disabili costituisca requisito di ammissione a tutte le gare d'appalto e, dunque, anche per quei servizi elencati nell'allegato II B in quanto l'obbligo in questione presenta un contenuto di ordine pubblico che non tollera disapplicazione (*contra* Consiglio di Stato sez.V 15/9/2009 n. 5505).

Altri precedenti, sempre sulla scorta dell'applicazione dell'articolo 27 e dei principi in esso richiamati, si sono pronunciati a favore dell'applicazione agli appalti in questione del principio di pubblicità delle sedute di gara (cfr. TAR Lombardia Milano sez. I 11/1/2010 n. 11) e della verifica dell'anomalia delle offerte (Consiglio di Stato sez. V 8/9/2008 n. 4270), ritenendo che, anche in assenza di un'apposita previsione nella *lex specialis*, la stazione appaltante possa sempre verificare la congruità delle offerte presentate.

E' stata, al contrario, esclusa l'applicabilità dell'articolo 48 del Codice, laddove stabilisce i termini per la regolarizzazione della documentazione necessaria per la stipula del contratto (TAR Puglia Lecce sez. III 29/7/2008 n. 2292).

3. Appalti riservati ex articolo 52

Proprio al fine di fornire indicazioni operative alle stazioni appaltanti, anche in un'ottica armonizzatrice e deflettrice del contenzioso al riguardo, l'Autorità, il 23 gennaio 2008, ha adottato una determinazione (n. 2), con la quale sono state fornite alcune linee di indirizzo per la corretta applicazione delle norme che consentono di attribuire rilievo, nel settore degli appalti, agli aspetti sociali e/o ambientali.

Si tratta di un tema che la Commissione europea ha iniziato ad esaminare con alcune comunicazioni interpretative del 1998 e del 2001 e che è stato disciplinato in maniera specifica nelle direttive 17 e 18 del 2004 (e, conseguentemente, nel Codice).

In particolare, l'articolo 52 attribuisce alle stazioni appaltanti 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.

L'Autorità ha osservato che, con l'articolo 52, il legislatore ha inteso perseguire le esigenze sociali di cui all'articolo 2, comma 2, del Codice – a mente del quale *“il principio di economicità può essere subordinato, entro i limiti in cui sia espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice, ai criteri, previsti dal bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute e dell'ambiente e alla promozione dello sviluppo sostenibile”*.

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. Il perseguimento di un obiettivo di tipo sociale attraverso lo strumento dell'appalto pubblico avviene, quindi, nel caso dell'articolo 52, attraverso la creazione di una riserva di partecipazione operante sia sotto il profilo soggettivo (laboratori protetti) che oggettivo (programmi protetti), in entrambi i casi caratterizzata dall'impiego maggioritario di disabili.

Sia i laboratori protetti che i programmi protetti sono istituti che, come rilevato, la normativa nazionale italiana ha recepito in ottemperanza all'articolo 19 della direttiva 18 del 2004 e all'articolo 28 della direttiva n. 17 del 2004: *“L'occupazione e le condizioni di lavoro sono elementi chiave per garantire pari opportunità a tutti i cittadini e contribuiscono all'integrazione nella società. In questo ambito i laboratori protetti ed i programmi di lavoro protetti contribuiscono efficacemente a promuovere l'integrazione o la reintegrazione dei disabili nel mercato del lavoro. Tuttavia, detti laboratori potrebbero non essere in grado di ottenere degli appalti in condizioni di concorrenza normali. Appare pertanto opportuno prevedere che gli Stati membri possano riservare la partecipazione alle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici a tali laboratori o riservare l'esecuzione degli appalti nel contesto di programmi di lavoro protetti”*.

Alla luce dell'impostazione comunitaria, nella determinazione sono stati affrontati due ordini di problemi:

1. l'assenza di coordinamento tra l'articolo 52 che disciplina tali istituti 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 legge n. 381/1991 (che, *inter alia*, disciplina gli affidamenti alle cooperative sociali per appalti sotto soglia).

2. la delimitazione delle nozioni di laboratorio protetto e programma di lavoro protetto non definiti a livello legislativo

Per quanto attiene il primo aspetto, 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 e cooperativa sociale – non coincidono, in quanto i requisiti richiesti per il riconoscimento della figura del laboratorio protetto non corrispondono a quelli normativamente previsti in capo alle cooperative sociali sia per quanto riguarda le categorie di persone individuate (persone svantaggiate e non solo disabili) sia per quanto attiene alla percentuale minima di organico che deve essere costituita da dette persone svantaggiate.

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, ma anzi, data l’autonomia normativa degli ambiti di applicazione, ne deriva che esse, come d’altronde ogni altro soggetto giuridico, possono accreditarsi quali laboratori protetti ed avvalersi della riserva di cui all’articolo 52, a condizione che possiedano i requisiti a tal fine richiesti.

Per quanto attiene al secondo aspetto, tenendo conto della lacuna normativa esistente, l’Autorità ha individuato le condizioni oggettive che consentissero una più agevole applicazione degli istituti del laboratorio protetto e programma di lavoro protetto.

In particolare, l’Autorità ha ritenuto che possono essere riconosciuti come laboratori protetti, ai sensi dell’articolo 52 del Codice, i soggetti che possiedono cumulativamente i seguenti requisiti:

1. essere un soggetto giuridico, costituito nel rispetto della vigente normativa, che esercita in via stabile e principale un’attività economica organizzata;
2. prevedere nei documenti sociali, tra le finalità dell’ente, quella dell’inserimento lavorativo delle persone disabili;

3. avere nel proprio ambito una maggioranza di lavoratori disabili che, in ragione della natura o della gravità del loro handicap, non possono esercitare un'attività professionale in condizioni normali.

Spetta, comunque, alle singole amministrazioni cercare di riservare la più ampia partecipazione alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, di laboratori protetti nei termini sopra delineati, e quindi, qualora ne ricorrano i requisiti, garantire la partecipazione anche delle cooperative sociali.

Per quanto concerne, invece, la riserva in favore dei programmi di lavoro protetto, l'Autorità ha ritenuto che essa non si fondi sulla qualifica soggettiva dei partecipanti alla gara ma sul ricorso, da parte delle imprese partecipanti, nella fase esecutiva dell'appalto, all'impiego, in numero maggioritario, di lavoratori disabili che, in ragione della natura o della gravità del loro handicap, non possono esercitare un'attività professionale in condizioni normali. In tali casi, pertanto, la partecipazione alla gara deve intendersi riservata ai soggetti di cui all'articolo 34 del Codice (a cui possono essere affidati appalti pubblici), anche privi dei requisiti necessari per essere riconosciuti come laboratori protetti, i quali, si avvalgono ai fini dell'esecuzione dello specifico appalto, di piani che vedono coinvolti una maggioranza di lavoratori disabili, anche sulla base di accordi conclusi con soggetti operanti nel settore sociale.

Infine, con la determinazione in commento, dopo aver chiarito che la disciplina di cui all'articolo 52, data la collocazione nella Parte II – Titolo I del D.lgs. n.163/2006, si applica agli appalti di valore superiore alla soglia di rilievo comunitario e agli appalti sottosoglia, sono state fornite indicazioni operative sulle procedure di gara.

A questo proposito, il ricorso alle procedure di cui all'articolo 52 del Codice impone, oltre alla pubblicazione di un bando con la finalità di rendere noto l'appalto riservato ai soggetti interessati, un'attenta valutazione dei requisiti richiesti per la partecipazione alla gara. In particolare, l'Autorità ha ritenuto che l'espresso richiamo, contenuto nell'articolo 52, al rispetto della normativa vigente deve intendersi riferito anche al rispetto dei requisiti di ordine generale e di ordine speciale richiesti per la partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica. Come previsto nell'articolo 2, comma 2, del Codice, infatti, al perseguimento di obiettivi di tipo sociale può essere subordinato il solo principio dell'economicità, ma non anche i principi di affidabilità morale e professionale dell'operatore economico o la qualità delle forniture, delle prestazioni e delle opere. Pertanto, ai soggetti che si avvalgono della riserva di cui all'articolo 52 deve essere richiesto il possesso dei requisiti generali di partecipazione e di quelli speciali previsti in ragione della tipologia dell'appalto.

Tuttavia, nella definizione dei requisiti di partecipazione, le stazioni appaltanti dovranno attenersi al rispetto del principio di proporzionalità (di cui all'articolo 2, comma 1, del codice dei contratti pubblici) che, nel caso

di specie, dovrà essere declinato sia in riferimento all'oggetto dell'appalto e alle sue caratteristiche specifiche sia in ordine all'obiettivo sociale che si è inteso perseguire con l'introduzione della riserva.

In particolare, le stazioni appaltanti sono chiamate a:

- specificare nel bando di gara i requisiti di ordine generale, i requisiti di idoneità professionale, la capacità economica, finanziaria, tecnica e professionale di cui agli artt. 38-42 del Codice;
- specificare nel bando di gara il criterio di selezione delle offerte (prezzo più basso o offerta economicamente più vantaggiosa) e la modalità di verifica delle offerte anormalmente basse di cui agli artt. 81-84 e 86-88 del Codice;
- definire le specifiche tecniche relative all'appalto conformemente alle previsioni del Codice (articolo 68).

Per quanto riguarda la capacità economica e finanziaria, occorre precisare che la cifra d'affari deve essere proporzionale all'importo posto a base di gara. Particolare cura, inoltre, deve essere posta nella predisposizione del capitolato d'oneri con riferimento agli "oneri ed obblighi speciali" da introdurre, quali, a titolo esemplificativo, le modalità ed i tempi di utilizzo del personale disabile per l'intera durata del contratto.

4. Gli affidamenti alle cooperative sociali

Un distinto regime derogatorio, che condivide la medesima *ratio* dell'articolo 52, è quello relativo agli affidamenti degli appalti di servizi sociali alle cooperative sociali, ai sensi dell'articolo 5 della legge n. 381/1991. La legge, dopo aver premesso che le cooperative sociali hanno lo scopo di perseguire l'interesse generale della comunità alla promozione umana e all'integrazione sociale dei cittadini, individua, per i fini che qui interessano, due distinte tipologie:

- Cooperative di tipo A: nell'esercizio dell'attività di gestione dei servizi socio-sanitari ed educativi sono rivolte ad arrecare beneficio a persone bisognose di intervento in ragione dell'età, della condizione familiare, personale o sociale
- Cooperative di tipo B: svolgono attività diverse (agricole, industriali, commerciali o di servizi), finalizzate all'inserimento lavorativo di persone svantaggiate.

La normativa fa riferimento, per la disciplina di carattere generale, a quanto previsto per le società cooperative ed alla eventuale disciplina di settore.

E' importante sottolineare che, nelle cooperative sociali di tipo B, i soggetti svantaggiati devono rappresentare almeno il 30% dei lavoratori della cooperativa e, compatibilmente con il loro stato soggettivo, devono essere soci.

Con tali cooperative, ai sensi dell'articolo 5 della legge, gli enti pubblici, compresi quelli economici e le società di capitali a partecipazione pubblica, possono stipulare convenzioni 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, anche in deroga alla disciplina in materia di contratti della pubblica amministrazione e purché tali convenzioni siano finalizzate a creare opportunità di lavoro per le persone svantaggiate.

Secondo il comma 2 dell'articolo 5, *“per la stipula delle convenzioni le cooperative sociali debbono risultare iscritte all'albo regionale di cui all'articolo 9, comma 1. Gli analoghi organismi aventi sede negli altri Stati membri della Comunità europea debbono essere in possesso di requisiti equivalenti a quelli richiesti per l'iscrizione a tale albo e risultare iscritti nelle liste regionali di cui al comma 3, ovvero dare dimostrazione con idonea documentazione del possesso dei requisiti stessi”* Le regioni rendono noti annualmente, attraverso la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale delle Comunità europee, 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.

Alla stipula della convenzione in deroga si addivene nel rispetto delle legislazioni regionali applicabili.

Alla luce di quanto precede, la convenzione può essere ricondotta agli accordi di collaborazione di cui all'articolo 11 della legge n. 241/1990. In linea generale, la scelta dell'ente pubblico di avvalersi della facoltà della deroga prevista dall'articolo 5 discende da una valutazione di convenienza complessiva, anche in considerazione dei risultati sociali attesi mediante l'inserimento lavorativo di persone svantaggiate (cfr., sul punto, TAR Lombardia Milano, Sez. III 2 dicembre 1996, n. 1734). La finalità di inserimento lavorativo deve essere, peraltro, attentamente monitorata sia in termini quantitativi che qualitativi e le modalità del controllo devono essere dettagliatamente previste nella convenzione.

La disciplina succintamente illustrata, come affermato dalla giurisprudenza *“è di carattere assolutamente eccezionale al punto che il rinvio allo strumento della convenzione ex articolo 5, l. n. 381 del 1991, 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 ad un confronto nel rispetto dei principi generali della trasparenza e della par condicio”* (TAR Liguria Genova, sez. I, 27 giugno 2006, n. 695; TAR Lazio, sez. III, *quater* 9 dicembre 2008, n. 11093).

E' opportuno precisare che, ai fini del calcolo del valore stimato dell'appalto (*id est* per verificare che esso sia inferiore alla soglia comunitaria, da ultimo fissata per la maggior parte dei servizi in Euro 193.000 dal Regolamento 30 novembre 2009 n. 1177 in vigore dal 1 gennaio 2010) deve farsi riferimento a quanto stabilito dall'articolo 29 del Codice.

L'Autorità ha avuto modo di ribadire, al riguardo, il divieto, sancito dall'articolo 29, di frazionare l'importo dell'appalto al fine di escluderlo dall'osservanza delle norme che troverebbero applicazione se il frazionamento non vi fosse stato. In particolare, l'Autorità ha censurato l'operato di una stazione appaltante la quale non aveva provveduto ad affidare l'intero servizio ad un operatore del settore, scelto tra gli offerenti, ma semplicemente formulato una proposta diretta di prosecuzione del servizio a dodici diverse associazioni e cooperative (cfr. deliberazione n. 2 del 2008 "*Procedura di affidamento del servizio soggiorno estivo disabili - anno 2007*").

Ulteriori indicazioni sono state fornite con riguardo all'iscrizione nell'Albo Regionale.

Al riguardo, nel parere n. 40 del 2 aprile 2009, l'Autorità ha ritenuto legittima l'esclusione da una procedura per l'affidamento di un appalto di servizi sociali di una cooperativa sociale che non aveva fornito indicazioni e prove circa l'effettiva iscrizione all'Albo Regionale delle cooperative sociali, tassativamente richiesto dalla normativa di gara, quale requisito minimo di partecipazione, ritenendo, pertanto, non lesiva dei principi vigenti in materia la richiesta, da parte di una stazione appaltante, dell'iscrizione ad uno specifico Albo Regionale ai fini della partecipazione alla gara (cfr., in senso conforme, C.d.S., sez. V, 2 febbraio 2009, n. 558 con specifico riguardo alla mancata comprova del prescritto "*requisito dell'iscrizione all'Albo Regionale delle Cooperative Sociali di cui all'articolo 2, comma 2, lettera a) sezione A della L.R. Piemonte 9 giugno 1994, n. 18*").

Il Consiglio di Stato (sez. V, 28 maggio 2009, n. 3327) ha inoltre ritenuto che un bando di gara può legittimamente richiedere la duplice iscrizione nella sezione A e B dell'albo, come requisito essenziale dell'offerta e che, in tal caso, l'esclusione per mancata dimostrazione di tale duplice iscrizione sia possibile anche in mancanza di una previsione esplicita, laddove l'oggetto della gara sia tale da restringere la partecipazione alla stessa delle sole cooperative iscritte in ambedue le sezioni (nella specie, finalità della stazione appaltante era non solo quella di offrire un servizio alle scuole dell'infanzia comunali, tramite l'ausilio di personale posto a disposizione dell'aggiudicataria, ma di offrire possibilità di impiego anche a soggetti svantaggiati, addetti ad attività materiali non particolarmente complesse).

5. Clausole sociali

Un ultimo approfondimento merita il tema dell'inserimento delle cd. clausole sociali nei contratti di appalto pubblici.

Ai sensi dell'articolo 69 del Codice (Condizioni particolari di esecuzione del contratto prescritte nel bando o nell'invito):

“1. Le stazioni appaltanti possono esigere condizioni particolari per l'esecuzione del contratto, purché siano compatibili con il diritto comunitario e, tra l'altro, con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, e purché siano precisate nel bando di gara, o nell'invito in caso di procedure senza bando, o nel capitolato d'onere.

2. Dette condizioni possono attenersi, in particolare, a esigenze sociali o ambientali.

3. La stazione appaltante che prevede tali condizioni particolari può comunicarle all'Autorità, che si pronuncia entro trenta giorni sulla compatibilità con il diritto comunitario. Decorso tale termine, il bando può essere pubblicato e gli inviti possono essere spediti.

4. In sede di offerta gli operatori economici dichiarano di accettare le condizioni particolari, per l'ipotesi in cui risulteranno aggiudicatari”.

Parimenti, ex articolo 5 comma 4 della legge n. 381/1991, *“per le forniture di beni o servizi diversi da quelli socio-sanitari ed educativi, il cui importo stimato al netto dell'IVA sia pari o superiore agli importi stabiliti dalle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici, gli enti pubblici compresi quelli economici, nonché le società di capitali a partecipazione pubblica, nei bandi di gara di appalto e nei capitolati d'onere possono inserire, fra le condizioni di esecuzione, l'obbligo di eseguire il contratto con l'impiego delle persone svantaggiate di cui all'articolo 4, comma 1, e con l'adozione di specifici programmi di recupero e inserimento lavorativo. La verifica della capacità di adempiere agli obblighi suddetti, da condursi in base alla presente legge, non può intervenire nel corso delle procedure di gara e comunque prima dell'aggiudicazione dell'appalto”.*

Già con la *“Comunicazione Interpretativa sul diritto comunitario degli appalti pubblici e la possibilità di integrare aspetti sociali negli appalti pubblici”* del 15 ottobre 2001, la Commissione aveva rilevato che *“è soprattutto nella fase di esecuzione che un appalto pubblico può costituire uno strumento con cui le amministrazioni aggiudicatrici possono incoraggiare il perseguimento di obiettivi sociali. Esse hanno infatti la possibilità di imporre al titolare del contratto l'osservanza di clausole contrattuali (...) che possono comprendere misure a favore di alcune categorie di persone e azioni positive per l'occupazione”.*

Le “particolari condizioni” alle quali le norme in commento si riferiscono, attengono in particolare ad esigenze sociali o ambientali. Infatti, il considerando citato della direttiva 2004/18/CE precisa che *“... esse possono essere finalizzate alla formazione professionale nel cantiere, alla promozione dell'occupazione delle persone con particolari difficoltà di inserimento, alla lotta contro la disoccupazione o alla tutela*

dell'ambiente. A titolo di esempio, si possono citare, tra gli altri, gli obblighi applicabili all'esecuzione dell'appalto di assumere disoccupati di lunga durata o di introdurre azioni di formazione per i disoccupati o i giovani, di rispettare in sostanza le disposizioni delle convenzioni fondamentali dell'Organizzazione internazionale del lavoro (OIL) nell'ipotesi in cui non siano state attuate nella legislazione nazionale, di assumere un numero di persone disabili superiore a quello stabilito dalla legislazione nazionale".

Ci si riferisce, dunque, a clausole attinenti ad esigenze sociali, con la previsione, ad esempio, di misure di tutela a favore di alcune categorie di persone con particolari difficoltà di inserimento nel mondo del lavoro (persone svantaggiate o lavoratori invalidi, o a sostegno dell'occupazione) e ad esigenze ambientali, con la previsione, ad esempio, di particolari modalità di recupero, riciclaggio, riutilizzo dei materiali utilizzati dall'appaltatore o dei rifiuti prodotti.

Le disposizioni citate consentono, quindi, alle stazioni appaltanti di prevedere particolari condizioni per l'esecuzione del contratto, purché compatibili con il diritto comunitario ed in particolare con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità. Compatibilità, questa, che si configura, secondo il 33° considerando della direttiva 2004/18/CE, *"a condizione che [tali clausole] non siano, direttamente o indirettamente, discriminatorie e siano indicate nel bando di gara o nel capitolato d'oneri"*.

Proprio al fine di valutare tale compatibilità, l'articolo 69, comma 3, del Codice ha previsto la possibilità (e non l'obbligo) per le stazioni appaltanti di richiedere all'Autorità un pronunciamento su tale aspetto delle clausole del bando contemplanti *"particolari condizioni di esecuzione del contratto"*, al fine di evitare, come evidenziato dal Consiglio di Stato in sede di parere sul Codice (n. 355/2006), che tali clausole incidano negativamente sulle condizioni di concorrenzialità del mercato *"in modo tale da discriminare o pregiudicare alcune categorie di imprenditori, determinando così un'incompatibilità delle previsioni del bando o dell'invito con il diritto comunitario"*. È, pertanto, necessario prestare grande attenzione, nella redazione dei bandi di gara, alla distinzione fra i criteri di selezione (che possono riguardare la capacità degli offerenti) nella fase di aggiudicazione e le condizioni di esecuzione del contratto. Al riguardo, uno degli aspetti più importanti da analizzare riguarda il principio di proporzionalità, in quanto le condizioni particolari di esecuzione non devono costituire una restrizione alla partecipazione.

Occorre, inoltre, un'attenta valutazione della congruità dei costi unitari che concorrono ad individuare l'importo a base d'appalto, che non può risultare alterata dalla presenza della finalità relativa al perseguimento degli obiettivi sociali e/o ambientali. Questi ultimi, infatti, riguardano unicamente le modalità di esecuzione del contratto e non il risultato delle attività - oggetto del contratto - che, in ogni caso, deve essere garantito sia sotto il profilo del risultato della prestazione sia sotto quello della sua economicità.

Sulla base di quanto previsto dall'articolo 69, comma 3, l'Autorità svolge un'attività di indirizzo *case by case* sulla corretta applicabilità delle clausole sociali.

Il relativo parere ha natura non obbligatoria (avendo la stazione appaltante la mera facoltà e non il dovere di richiederlo) e non è vincolante. Tuttavia, lo strumento della consultazione preventiva può favorire un maggiore ricorso alla previsione di clausole sociali ed un'applicazione uniforme delle stesse, con enucleazione dei limiti e delle condizioni di compatibilità.

Nell'ambito di tale attività consultiva, l'Autorità ha esaminato, a titolo esemplificativo, le seguenti clausole:

1. Parere sulla normativa del 08/10/2009 - rif. AG 30/09: è stata ritenuta la compatibilità della clausola di riserva dell'esecuzione dei servizi di pulizia a cooperative sociali di tipo B (cooperative che impiegano persone svantaggiate), nonché dell'obbligo di assorbire - secondo quanto previsto nel CCNL di categoria - il personale dell'impresa appaltatrice uscente (cooperativa sociale di tipo A, deputata alla gestione di servizi socio sanitari ed educativi), mantenendo il medesimo trattamento economico ed anzianità contrattuale maturata.
2. Parere sulla normativa del 16/07/2009 - rif. AG 27-09: è stata ritenuta la compatibilità della clausola contemplante l'obbligo per l'appaltatore di mantenere in servizio, durante l'esecuzione del contratto, un *ex* L.S.U. (lavoratore socialmente utile) già impiegato e proveniente dalla platea storica di L.S.U. della Provincia di Brindisi.
3. Parere sulla normativa del 23/06/2009 - rif. AG 24/09: è stata ritenuta l'incompatibilità della clausola che preveda - in favore del futuro aggiudicatario della gara - l'acquisto della proprietà dell'immobile destinato allo svolgimento del servizio da affidare.
4. Parere sulla normativa del 14/05/2009 - rif. AG8/09: è stata ritenuta la compatibilità dell'impiego di "persone svantaggiate", quale condizione di esecuzione dell'appalto ma non quale elemento di valutazione dell'offerta tecnica *"atteso che sia le norme comunitarie sia la citata disciplina di recepimento prevedono espressamente che deve trattarsi di condizioni di esecuzione, con ciò chiarendo che le stesse non possono costituire elementi dell'offerta né di valutazione da parte della commissione esaminatrice"*.
5. Parere sulla normativa del 13/05/2009 - rif. AG15/09: è stata ritenuta la compatibilità della clausola contemplante l'obbligo per l'appaltatore di attingere la manodopera necessaria per l'esecuzione del contratto dagli elenchi del personale (LPU) già utilizzato dalla precedente impresa appaltatrice.
6. Parere sulla normativa del 24/09/2008 - rif. AG 24-08: è stata ritenuta la compatibilità, per gare aventi rilievo nazionale, della clausola che prevede l'assunzione di un lavoratore socialmente utile individuato tra quelli inseriti in un elenco depositato presso la stazione appaltante e proveniente dai cessati piani d'impresa stipulati dalla stessa stazione appaltante.

6. Compiti di vigilanza

In linea generale occorre ricordare che l’Autorità è investita di specifici compiti di vigilanza anche in relazione agli appalti di servizi non prioritari, tra cui i servizi sociali:

1. articolo 6, comma 5, C.A.: *“L’Autorità vigila sui contratti pubblici, anche di interesse regionale, di lavori, servizi e forniture nei settori ordinari e nei settori speciali, nonché, nei limiti stabiliti dal presente codice, sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture esclusi dall’ambito di applicazione del presente codice, al fine di garantire l’osservanza dei principi di cui all’articolo 2 e, segnatamente, il rispetto dei principi di correttezza e trasparenza delle procedure di scelta del contraente, e di economica ed efficiente esecuzione dei contratti nonché il rispetto delle regole della concorrenza nelle singole procedure di gara”*;
2. articolo 6, comma 7, lett. b),C.A.:*“L’ Autorità vigila sui contratti di lavori, servizi, forniture, esclusi in tutto o in parte dall’ambito di applicazione del presente codice, verificando, con riferimento alle concrete fattispecie contrattuali, la legittimità della sottrazione al presente codice e il rispetto dei principi relativi ai contratti esclusi”* .

In base all’articolo 7 del Codice, per i contratti di cui agli articoli 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26 del Codice (tra cui, pertanto, anche gli appalti di servizi sociali) le stazioni appaltanti e gli enti aggiudicatori trasmettono all’Autorità, entro il 31 gennaio di ciascun anno, una relazione contenente il numero e i dati essenziali relativi a detti contratti affidati nell’anno precedente.

Note

¹ Articolo 23 *bis* - 1. Le disposizioni del presente articolo disciplinano l'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, in applicazione della disciplina comunitaria e al fine di favorire la più ampia diffusione dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi di tutti gli operatori economici interessati alla gestione di servizi di interesse generale in ambito locale, nonché di garantire il diritto di tutti gli utenti alla universalità ed accessibilità dei servizi pubblici locali ed al livello essenziale delle prestazioni, ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettere e) e m) , della Costituzione, assicurando un adeguato livello di tutela degli utenti, secondo i principi di sussidiarietà, proporzionalità e leale cooperazione. Le disposizioni contenute nel presente articolo si applicano a tutti i servizi pubblici locali e prevalgono sulle relative discipline di settore con esse incompatibili. Sono fatte salve le disposizioni del decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164, e dell'articolo 46 -bis del decreto-legge 1° ottobre 2007, n. 159, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 novembre 2007, n. 222, in materia di distribuzione di gas naturale, le disposizioni del decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79, e della legge 23 agosto 2004, n. 239, in materia di distribuzione di energia elettrica, le disposizioni della legge 2 aprile 1968, n. 475, relativamente alla gestione delle farmacie comunali nonché quelle del decreto legislativo 19 novembre 1997, n. 422, relativamente alla disciplina del trasporto ferroviario regionale. Gli ambiti territoriali minimi di cui al comma 2 del citato articolo 46 -bis sono determinati entro il 31 dicembre 2012 dal Ministro dello sviluppo economico, di concerto con il Ministro per i rapporti con le regioni, sentite la Conferenza unificata di cui all'art. 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, e successive modificazioni, e l'Autorità per l'energia elettrica e il gas, tenendo anche conto delle interconnessioni degli impianti di distribuzione e con riferimento alle specificità territoriali e al numero dei clienti finali. In ogni caso l'ambito non può essere inferiore al territorio comunale.

2. Il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali avviene, in via ordinaria: a) a favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi del Trattato che istituisce la Comunità europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità; b) a società a partecipazione mista pubblica e privata, a condizione che la selezione del socio avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui alla lettera a) , le quali abbiano ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione dei compiti operativi l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio e che al socio sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40 per cento.

3. In deroga alle modalità di affidamento ordinario di cui al comma 2, per situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato, l'affidamento può avvenire a favore di società a capitale interamente pubblico, partecipata dall'ente locale, che abbia i requisiti richiesti dall'ordinamento comunitario per la gestione cosiddetta "in house" e, comunque, nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria in materia di controllo analogo sulla società e di prevalenza dell'attività svolta dalla stessa con l'ente o gli enti pubblici che la controllano.

4. Nei casi di cui al comma 3, l'ente affidante deve dare adeguata pubblicità alla scelta, motivandola in base ad un'analisi del mercato e contestualmente trasmettere una relazione contenente gli esiti della predetta verifica all'Autorità garante della concorrenza e del mercato per l'espressione di un parere preventivo, da rendere entro sessanta giorni dalla ricezione della predetta relazione. Decorso il termine, il parere, se non reso, si intende espresso in senso favorevole.

4 bis. I regolamenti di cui al comma 10 definiscono le soglie oltre le quali gli affidamenti di servizi pubblici locali assumono rilevanza ai fini dell'espressione del parere di cui al comma 4.

5. Ferma restando la proprietà pubblica delle reti, la loro gestione può essere affidata a soggetti privati.

6. E' consentito l'affidamento simultaneo con gara di una pluralità di servizi pubblici locali nei casi in cui possa essere dimostrato che tale scelta sia economicamente vantaggiosa. In questo caso la durata dell'affidamento, unica per tutti i servizi, non può essere superiore alla media calcolata sulla base della durata degli affidamenti indicata dalle discipline di settore.

7. Le regioni e gli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze e d'intesa con la Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, e successive modificazioni, possono definire, nel rispetto delle normative settoriali, i bacini di gara per i diversi servizi, in maniera da consentire lo sfruttamento delle economie di scala e di scopo e favorire una maggiore efficienza ed efficacia nell'espletamento dei servizi, nonché l'integrazione di servizi a domanda debole nel quadro di servizi più redditizi, garantendo il raggiungimento della dimensione minima efficiente a livello di impianto per più soggetti gestori e la copertura degli obblighi di servizio universale.

8. Il regime transitorio degli affidamenti non conformi a quanto stabilito ai commi 2 e 3 è il seguente: a) le gestioni in essere alla data del 22 agosto 2008 affidate conformemente ai principi comunitari in materia di cosiddetta "in house" cessano, improrogabilmente e senza necessità di deliberazione da parte dell'ente affidante, alla data del 31 dicembre 2011; esse cessano alla scadenza prevista dal contratto di servizio a condizione che entro il 31 dicembre 2011 le amministrazioni cedano almeno il 40 per cento del capitale attraverso le modalità di cui alla lettera b) del comma 2 b) le gestioni affidate direttamente a società a partecipazione mista pubblica e privata, qualora la selezione del socio sia

avvenuta mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui alla lettera a) del comma 2, le quali non abbiano avuto ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio, cessano, improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante, alla data del 31 dicembre 2011; c) le gestioni affidate direttamente a società a partecipazione mista pubblica e privata, qualora la selezione del socio sia avvenuta mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui alla lettera a) del comma 2, le quali abbiano avuto ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio, cessano alla scadenza prevista nel contratto di servizio; d) gli affidamenti diretti assentiti alla data del 1° ottobre 2003 a società a partecipazione pubblica già quotate in borsa a tale data e a quelle da esse controllate ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile, cessano alla scadenza prevista nel contratto di servizio, a condizione che la partecipazione pubblica si riduca anche progressivamente, attraverso procedure ad evidenza pubblica ovvero forme di collocamento privato presso investitori qualificati e operatori industriali; ad una quota non superiore al 40 per cento entro il 30 giugno 2013 e non superiore al 30 per cento entro il 31 dicembre 2015; ove siffatte condizioni non si verificano, gli affidamenti cessano improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante, rispettivamente, alla data del 30 giugno 2013 o del 31 dicembre 2015. e) le gestioni affidate che non rientrano nei casi di cui alle lettere da a) a d) cessano comunque entro e non oltre la data del 31 dicembre 2010, senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante.

9. Le società, le loro controllate, controllanti e controllate da una medesima controllante, anche non appartenenti a Stati membri dell'Unione europea, che, in Italia o all'estero, gestiscono di fatto o per disposizioni di legge, di atto amministrativo o per contratto servizi pubblici locali in virtù di affidamento diretto, di una procedura non ad evidenza pubblica ovvero ai sensi del comma 2, lettera b), nonché i soggetti cui è affidata la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali degli enti locali, qualora separata dall'attività di erogazione dei servizi, non possono acquisire la gestione di servizi ulteriori ovvero in ambiti territoriali diversi, né svolgere servizi o attività per altri enti pubblici o privati, né direttamente, né tramite loro controllanti o altre società che siano da essi controllate o partecipate, né partecipando a gare. Il divieto di cui al primo periodo opera per tutta la durata della gestione e non si applica alle società quotate in mercati regolamentati e al socio selezionato ai sensi della lettera b) del comma 2. I soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali possono comunque concorrere su tutto il territorio nazionale alla prima gara successiva alla cessazione del servizio, svolta mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica, avente ad oggetto i servizi da essi forniti.

10. Il Governo, su proposta del Ministro per i rapporti con le regioni ed entro il 31 dicembre 2009, sentita la Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, e successive modificazioni, nonché le competenti Commissioni parlamentari, adotta uno o più regolamenti, ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, al fine di: a) prevedere l'assoggettamento dei soggetti affidatari cosiddetti in house di servizi pubblici locali al patto di stabilità interno, tenendo conto delle scadenze fissate al comma 8, e l'osservanza da parte delle società in house e delle società a partecipazione mista pubblica e privata di procedure ad evidenza pubblica per l'acquisto di beni e servizi e l'assunzione di personale; b) prevedere, in attuazione dei principi di proporzionalità e di adeguatezza di cui all'articolo 118 della Costituzione, che i comuni con un limitato numero di residenti possano svolgere le funzioni relative alla gestione dei servizi pubblici locali in forma associata; c) prevedere una netta distinzione tra le funzioni di regolazione e le funzioni di gestione dei servizi pubblici locali, anche attraverso la revisione della disciplina sulle incompatibilità; d) armonizzare la nuova disciplina e quella di settore applicabile ai diversi servizi pubblici locali, individuando le norme applicabili in via generale per l'affidamento di tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica in materia di rifiuti, trasporti, energia elettrica e gas, nonché in materia di acqua; e) abrogata; f) prevedere l'applicazione del principio di reciprocità ai fini dell'ammissione alle gare di imprese estere; g) limitare, secondo criteri di proporzionalità, sussidiarietà orizzontale e razionalità economica, i casi di gestione in regime d'esclusiva dei servizi pubblici locali, liberalizzando le altre attività economiche di prestazione di servizi di interesse generale in ambito locale compatibili con le garanzie di universalità ed accessibilità del servizio pubblico locale; h) prevedere nella disciplina degli affidamenti idonee forme di ammortamento degli investimenti e una durata degli affidamenti strettamente proporzionale e mai superiore ai tempi di recupero degli investimenti; i) disciplinare, in ogni caso di subentro, la cessione dei beni, di proprietà del precedente gestore, necessari per la prosecuzione del servizio; l) prevedere adeguati strumenti di tutela non giurisdizionale anche con riguardo agli utenti dei servizi; m) individuare espressamente le norme abrogate ai sensi del presente articolo.

11. L'articolo 113 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, e successive modificazioni, è abrogato nelle parti incompatibili con le disposizioni di cui al presente articolo.

12. Restano salve le procedure di affidamento già avviate alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto.

² Sul punto cfr., ad esempio, TAR Sardegna, sez. I, 11/6/2009, n. 966 che richiama Consiglio di Stato (sez. V, 13 dicembre 2006, n. 7369) secondo cui "deve ritenersi che la qualificazione di servizio pubblico locale spetti a quelle attività caratterizzate, sul piano oggettivo, dal perseguimento di scopi sociali e di sviluppo della società civile, selezionati in base a scelte di carattere eminentemente politico, quanto alla destinazione delle risorse economiche

disponibili ed all'ambito di intervento, e, su quello soggettivo, dalla riconduzione diretta o indiretta (per effetto di rapporti concessori o di partecipazione all'assetto organizzativo dell'ente) ad una figura soggettiva di rilievo pubblico. Nel caso di specie il comune (...) ha assunto come servizi pubblici locali quelli di manutenzione delle strade, degli impianti di illuminazione pubblica e del verde pubblico (...) tanto è sufficiente per concludere che si tratta senz'altro di servizi pubblici locali”.

³ Cfr., in proposito, Corte dei conti, sez. regionale di controllo per la Regione Lombardia, 24/10/2009, n. 923.