

Divergenze interpretative sugli affidamenti alle cooperative sociali.

Data di pubblicazione: 5-1-2018

1. La disciplina sugli affidamenti alle cooperative sociali; 2. L'orientamento giurisprudenziale maggioritario e dell'ANAC sui servizi non strumentali; 3. L'orientamento giurisprudenziale minoritario sui servizi non strumentali; 4. La riserva di partecipazione ex art. 112 del D.Lgs. n. 50 del 2016

La disciplina sugli affidamenti alle cooperative sociali

Come si è detto, una disciplina *ad hoc* riguarda le convenzioni con le cooperative sociali, contenuta nella L. n. 381 del 1991, non abrogata dal D.Lgs. n. 117 del 2017. In particolare, l'art. 5, comma 1 della L. n. 381 del 1991 recita: «*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*». Non sorgono particolari problemi in relazione alla delimitazione dell'ambito soggettivo di questa disciplina, in quanto le cooperative sociali c.d. "di tipo b)" sono quelle che svolgono «*attività diverse – agricole, industriali, commerciali o di servizi – finalizzate all'inserimento lavorativo di persone svantaggiate*»^[1]. Rappresenta, invece, un aspetto su cui non si registra un'unanimità di vedute l'oggetto di tali convenzioni, individuato dalla disposizione normativa nella «*fornitura di beni e servizi diversi da quelli socio-sanitari ed educativi*».

L'orientamento giurisprudenziale maggioritario e dell'ANAC sui servizi non strumentali

La formula appena riportata è stata oggetto di un'interpretazione piuttosto restrittiva della giurisprudenza e dell'ANAC. Quest'ultima, affrontando il tema degli affidamenti a cooperative sociali nell'ambito delle "Linee guida per l'affidamento di servizi a enti del terzo settore e alle cooperative sociali", adottate con delibera n. 32 del 20 gennaio 2016, sulla scorta di riferimenti giurisprudenziali ha escluso che l'oggetto di tali affidamenti possa essere costituito da servizi pubblici locali di rilevanza economica, e ha limitato l'utilizzo delle convenzioni alla «*sola fornitura di beni e servizi strumentali, cioè svolti in favore della pubblica amministrazione e riferibili ad esigenze strumentali della stessa*»^[2]. Per l'Autorità, la previsione di cui all'art. 5, comma 1, L. n. 381 del 1991, costituendo una deroga al principio della concorrenza, non può essere oggetto di interpretazione estensiva^[3]. Come è stato anticipato, la posizione

dell'ANAC sposa un orientamento giurisprudenziale, il quale, peraltro, pare essere maggioritario[4]. Per esempio, il TAR Emilia-Romagna, sez. II, n. 637 del 2015 ha affermato che la previsione di cui all'art. 5, L. n. 381 del 1991, «*derogando ai principi generali di tutela della concorrenza che presiedono alla svolgimento delle procedure di gara, ha valenza eccezionale ed in quanto tale deve essere interpretata in maniera restrittiva*»[5].

L'orientamento giurisprudenziale minoritario sui servizi non strumentali

Esiste, però, anche un diverso orientamento giurisprudenziale che perviene ad un esito diverso. In particolare, per il TAR Campania, sezione staccata di Salerno, sez. I, n. 1429 del 2011 e per il TAR Lazio, sez. II bis, n. 8325 del 2014 l'ambito di applicazione della norma non è limitato ai soli servizi strumentali[6]. Infatti, se l'art. 5, comma 1 della L. n. 381 del 1991 esclude espressamente dalla possibilità di stipulare convenzioni con cooperative sociali i servizi socio-sanitari ed educativi, i quali sono evidentemente servizi non strumentali, in quanto sono erogati direttamente a favore della collettività e non dell'ente, allora si deve arguire che gli altri servizi non strumentali non siano esclusi dal raggio di applicazione della norma, «*desumendosi dalla previsione di una eccezione espressa l'esistenza di una regola generale di segno diverso*»[7]. Aderendo al ragionamento operato dal TAR Campania, sezione staccata di Salerno, sez. I, n. 1429 del 2011, il TAR Lazio, sez. II bis, n. 8325 del 2014 ha affermato che «*la stessa circostanza che il legislatore abbia avvertito l'esigenza di escludere l'applicazione della previsione in questione con esplicito riferimento ai servizi socio-sanitari ed educativi – i quali costituiscono servizi ordinariamente forniti a terzi fruitori e, più in generale, alla collettività - non può che indurre a ritenere generalmente ammissibili le convenzioni di cui trattasi anche in caso di servizi non definibili come "strumentali" all'Amministrazione*»; «*la formulazione della previsione in argomento induce [...] ad affermare che le Amministrazioni e gli altri soggetti espressamente ivi contemplati possano stipulare convenzioni con le cooperative aventi lo scopo di "perseguire l'interesse generale della comunità alla promozione umana e all'integrazione sociale dei cittadini" (art. 1, comma 1, della legge n. 381 del 1991) per la fornitura di ogni bene e/o servizio, con l'unica eccezione di "quelli socio-sanitari ed educativi"*. In effetti, l'interpretazione adottata nelle ultime due pronunce richiamate ha indubbiamente un fondamento logico, e sembra pienamente rispettosa dei limiti posti dalla lettera della legge. Anche l'altro orientamento giurisprudenziale, a cui ha aderito pure l'ANAC con la del. n. 32 del 2016, ha un fondamento ragionevole (in particolare, esso si ravvisa nella valorizzazione del principio di concorrenzialità), in forza del quale si perviene ad una interpretazione non semplicemente "non estensiva" della disposizione, ma, piuttosto, restrittiva. Peraltro, si deve anche prendere atto che la deroga al principio della concorrenzialità è stata in qualche modo "attenuata" dal legislatore, il quale, con la L. n. 190 del 2014, ha introdotto al comma 1 dell'art. 5 il seguente periodo: «*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*»[8].

La riserva di partecipazione ex art. 112 del D.Lgs. n. 50 del 2016

Alla luce di tale divergenza interpretativa, un ente pubblico o una società di capitali a

partecipazione pubblica che volesse affidare un servizio non strumentale a una cooperativa sociale potrebbe trovarsi nella difficoltà della scelta. Da un lato, potrebbe essere indotto a farlo, sulla scorta di un orientamento giurisprudenziale ineccepibile sul piano dell'interpretazione giuridica. Dall'altro, potrebbe evitare di farlo, in forza di un altro orientamento giurisprudenziale e dell'ANAC altrettanto fondato, e quindi scegliere di seguire le procedure del D.Lgs. n. 50 del 2016. Proprio quest'ultimo, però, potrebbe offrire uno strumento idoneo a ottenere un risultato non molto diverso da quello cui si giunge tramite le convenzioni ex art. 5, comma 1, L. n. 381 del 1991. Si tratta dell'art. 112 del D.Lgs. n. 50 del 2016^[9], che al comma 1 prevede: «*Fatte salve le disposizioni vigenti in materia di cooperative sociali e di imprese sociali, le stazioni appaltanti possono riservare il diritto di partecipazione alle procedure di appalto e a quelle di concessione o possono riservarne l'esecuzione ad operatori economici e a cooperative sociali e loro consorzi il cui scopo principale sia l'integrazione sociale e professionale delle persone con disabilità o svantaggiate o possono riservarne l'esecuzione nel contesto di programmi di lavoro protetti quando almeno il 30 per cento dei lavoratori dei suddetti operatori economici sia composto da lavoratori con disabilità o da lavoratori svantaggiati*». In base a questa norma, è ammessa, tra l'altro, la possibilità di riservare la partecipazione alle procedure di appalto e a quelle di concessione a certi soggetti, tra i quali rientrano le cooperative sociali. Questo strumento normativo potrebbe essere spendibile anche con riguardo ai servizi non strumentali^[10].

^[1] Art. 1, comma 1, lett. b), L. n. 381 del 1991.

^[2] Del. ANAC n. 32 del 2016, "Linee guida per l'affidamento di servizi a enti del terzo settore e alle cooperative sociali", 26.

^[3] Vedi *ibidem*.

^[4] Tale orientamento giurisprudenziale viene considerato maggioritario dal TAR Piemonte, sez. I, n. 306 del 2016.

[5] La stessa impostazione è adottata da Cons. Stato, sez. VI, n. 2342 del 2013.

[6] A tale indirizzo ha aderito anche TAR Toscana, sez. I, n. 1371 del 2017.

[7] TAR Campania, sezione staccata di Salerno, sez. I, n. 1429 del 2011.

[8] Vedi del. ANAC n. 32 del 2016, 28-29, che ha ravvisato in tale novità legislativa la conferma di un proprio orientamento.

[9] Sull'art. 112, vedi A. Varlaro Sinisi, *Art. 112*, in F. Caringella – M. Proto, *Il Codice dei contratti pubblici dopo il correttivo. Commento organico al Codice e alle linee guida ANAC alla luce del decreto correttivo del 19 aprile 2017*, n. 56, Dike Giuridica Editrice, Roma, maggio 2017, 550-551. Una previsione analoga, ma non coincidente, era contenuta nel D.Lgs. n. 163 del 2006, all'art. 52.

[10] Una delib. ANAC (n. 804 del 20 luglio 2016) considerava non conforme al quadro normativo una procedura di affidamento "riservata" a cooperative sociali volta ad affidare servizi non strumentali, ma lo faceva sulla scorta del parametro normativo di riferimento rappresentato dall'art. 5 della L. n. 381 del 1991. Nel Parere dell'Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici – n. 147 del 12 settembre 2012, riguardante un bando di gara che limitava la partecipazione alla gara d'appalto (per affidamento del servizio di raccolta rifiuti urbani) alle sole cooperative sociali di tipo B ex art. 5 L. n. 381 del 1991 e 52 D.Lgs. n. 163 del 2006, si affermava che tale limitazione causava una arbitraria ed ingiustificata restrizione della libera

concorrenza, data l'esistenza di altri laboratori protetti, oltre alle cooperative sociali di tipo B; tuttavia, in quel parere, l'Autorità non aveva indicato come fattore ostativo all'applicazione dell'art. 52 il fatto che il bando riguardasse il servizio di raccolta di rifiuti urbani, che non è un servizio strumentale ma un servizio pubblico. Si può notare che anche Cons. St., sez. V, n. 1620 del 2015, non ha ritenuto un impedimento all'applicazione dell'art. 52 del D.Lgs. n. 163 del 2006 il fatto che venisse in rilievo un servizio di raccolta differenziata di indumenti e accessori di abbigliamento usati (che non pare essere un servizio strumentale). In questo caso, peraltro, il giudice non ha ritenuto illegittima una gara riservata alle sole cooperative sociali di tipo B.