

Determinazione n. 3
del primo agosto 2012

**Linee guida per gli affidamenti a cooperative sociali ai sensi dell'art. 5, comma
1, della legge n. 381/1991**

Sommario

Premessa.....	2
1. Ambito di applicazione soggettivo.....	3
2. L'oggetto e la durata della convenzione	5
3. Le modalità di affidamento della convenzione.....	7
4. Le clausole sociali	9

Premessa

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

La previsione, tesa alla promozione ed all'integrazione sociale, costituisce concreta attuazione di quanto stabilito dall'art. 45 della Costituzione, secondo cui la Repubblica riconosce la funzione sociale della cooperazione a carattere di mutualità e senza fini di speculazione privata e ne promuove e favorisce l'incremento con i mezzi più idonei, assicurandone, con opportuni controlli, il carattere e le finalità. E' da rimarcare, altresì, come gli affidamenti in deroga alle cooperative sociali di tipo B si collochino in un contesto normativo, nazionale ed europeo, sempre più attento all'integrazione di aspetti sociali nella contrattualistica pubblica.

La Commissione europea si è pronunciata più volte in materia, ponendo in rilievo, già nella comunicazione interpretativa del 15 ottobre 2001, le possibilità in tal senso offerte dal diritto comunitario. Le direttive 17/2004/CE e 18/2004/CE hanno, poi, previsto la possibilità di integrare i criteri sociali nelle specifiche tecniche, nei criteri di selezione, nei criteri di aggiudicazione e nelle condizioni di esecuzione dell'appalto, giungendo a consentire l'indizione di appalti riservati, in presenza di determinate condizioni, a laboratori protetti o l'esecuzione del contratto nel contesto di programmi di lavoro protetti. Tali disposizioni sono state recepite nel Codice dei contratti e nel Regolamento attuativo adottato con d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 (in particolare, si vedano gli artt. 52 e 69 del Codice dei contratti).

Nell'ottobre del 2010, inoltre, la Commissione ha pubblicato la *"Guida alla considerazione degli aspetti sociali negli appalti pubblici"*, ribadendo, con indicazioni operative ed esempi, la valenza strategica dell'integrazione di aspetti sociali nelle procedure di affidamento di contratti pubblici, anche nel contesto della prossima riforma delle direttive appalti. Si rammenta, infine, la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo ed al Comitato delle Regioni del 25 ottobre 2011, *"Iniziativa per l'imprenditoria sociale – Costruire un ecosistema per promuovere le imprese sociali al centro dell'economia e dell'innovazione sociale"*, che, come parte della Strategia Europa 2020 e delle diverse iniziative

correlate, definisce le imprese sociali come quelle per le quali l'obiettivo sociale o socio-culturale di interesse comune è la ragion d'essere dell'azione commerciale ed i cui utili sono principalmente reinvestiti nel perseguimento di tale obiettivo. Il Codice dei contratti prevede, al riguardo, che il principio di economicità possa essere subordinato, entro i limiti consentiti dalla vigente normativa, ai criteri, previsti dal bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute e dell'ambiente e alla promozione dello sviluppo sostenibile (art. 2, comma 2).

Di recente, anche questa Autorità ha sottolineato, con la determinazione n. 7 del 24 novembre 2011, l'importanza delle considerazioni sociali nell'utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa per l'aggiudicazione di contratti di servizi e forniture.

L'Autorità ha condotto alcune indagini di settore sull'applicazione del citato art. 5, comma 1, della legge n. 381/1991, dalle quali è emersa la necessità di fornire alle stazioni appaltanti chiarimenti in ordine alle modalità di affidamento delle convenzioni.

E' stata quindi esperita una consultazione degli operatori e delle istituzioni coinvolte (i relativi documenti sono consultabili all'indirizzo: <http://www.avcp.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/ConsultazioniOnLine>) propedeutica all'emanazione delle presenti linee guida.

1. Ambito di applicazione soggettivo

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

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

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

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

Le cooperative sociali di tipo B, per l'applicazione del comma in questione, devono avere in organico almeno il 30 per cento dei lavoratori (soci o non) costituito da persone svantaggiate, come prescritto dall'art. 4 della stessa legge, secondo cui sono considerati tali *“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 ai sensi dell'articolo 21 della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni. Si considerano inoltre persone svantaggiate i soggetti indicati con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro del lavoro e della previdenza sociale, di concerto con il Ministro della sanità, con il Ministro dell'interno e con il Ministro per gli affari sociali”*.

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

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

Va precisato che, laddove tale albo non sia stato istituito, le cooperative sociali devono, comunque, attestare il possesso dei requisiti previsti dai citati articoli 1 e 4 della legge n. 381/1991.

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

Da ultimo, si rileva che le Regioni devono rendere noti annualmente, attraverso la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea, i requisiti e le condizioni richiesti per la stipula delle

convenzioni, nonché le liste regionali degli organismi che ne abbiano dimostrato il possesso alle competenti autorità regionali (art. 5, comma 3).

2. L'oggetto e la durata della convenzione

L'oggetto delle convenzioni con le cooperative sociali di tipo B è definito dall'art. 5, comma 1, della legge n. 389/1991, secondo cui le stesse possono essere stipulate 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 forniture di beni e servizi oggetto della convenzione rientrano nella più generale fattispecie di contratto di appalto (cfr., sul punto, determinazione AVCP n. 4 del 7 luglio 2011). Tuttavia, l'oggetto della convenzione non si esaurisce nella mera fornitura di beni e servizi, ma è qualificato dal perseguimento di una peculiare finalità di carattere sociale, consistente nel reinserimento lavorativo di soggetti svantaggiati: proprio in ragione di tale finalità, è prevista, limitatamente alle procedure di affidamento, la deroga alle regole ordinarie dettate dal Codice dei contratti per gli appalti sotto soglia. Occorre, pertanto, che il profilo del reinserimento lavorativo, unitamente al successivo monitoraggio dello stesso in termini quantitativi e qualitativi, sia posto al centro della convenzione e, a monte, della determina a contrarre adottata dalla stazione appaltante ex art. 11, comma 2, del Codice dei contratti.

Stante il dettato normativo, l'art. 5 trova applicazione in caso di fornitura di beni e servizi: conseguentemente, benché lo spettro delle attività che possono essere svolte dalle cooperative sociali di tipo B sia più ampio (cfr. art. 1, comma 1, legge n. 381/1991), l'oggetto della convenzione non può essere costituito dall'esecuzione di lavori pubblici né dalla gestione di servizi pubblici locali di rilevanza economica (in tal senso, cfr. C.d.S., 6 ottobre 2011, n. 1466; C.d.S., sez. V, 11 maggio 2010, n. 2829). L'utilizzo dello strumento convenzionale è, quindi, ammesso per la fornitura di beni e servizi strumentali, cioè svolti in favore della pubblica amministrazione e riferibili ad esigenze strumentali della stessa. Occorre tuttavia precisare che l'attività delle cooperative di tipo B può riguardare servizi diversi da quelli strumentali, nell'ambito di specifici

appalti, nel caso in cui il servizio all'utenza sia espletato direttamente dalla stazione appaltante.

Come rilevato, in base al comma 1 dell'art. 5 della legge n. 381/1991, le convenzioni sono *“finalizzate a creare opportunità di lavoro per le persone svantaggiate di cui all'art. 4, comma 1”*.

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

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

La finalità del reinserimento lavorativo deve essere coniugata con la necessità che la durata delle convenzioni non superi un limite temporale ragionevole, avuto riguardo all'oggetto della convenzione medesima. Le amministrazioni, pertanto, devono definire adeguatamente la durata delle convenzioni, affinché non sia di fatto preclusa ad altre cooperative la possibilità di presentare domanda di convenzionamento, nonché verificare che gli obiettivi stabiliti siano effettivamente perseguiti ed attuati.

Il ricorso agli affidamenti *ex art.* 5 della legge n. 381/1991 presuppone che sussista un interesse della stazione appaltante all'acquisizione di servizi e forniture riconducibili alla lettera b) dell'art. 1 della medesima legge e che l'importo di ciascun affidamento sia effettivamente contenuto entro la soglia di rilevanza comunitaria, in seguito alle modifiche apportate al primo comma dell'art. 5 dall'art. 20 della legge 6 febbraio 1996, n. 52.

Il rinvio alle soglie comunitarie operato dalla legge n. 381/1991 ha natura dinamica e, pertanto, è attualmente riferito alle soglie previste dal Regolamento (UE) n. 1251/2011 della Commissione del 30 novembre 2011. Agli affidamenti in parola si applica il metodo comunitario di calcolo del valore stimato dell'appalto, come recepito dall'art. 29 del Codice dei contratti; quest'ultimo, infatti, disciplina anche i contratti che presentano carattere di regolarità o che sono destinati ad essere rinnovati entro un determinato periodo.

3. Le modalità di affidamento della convenzione

In ordine alle concrete modalità di affidamento della convenzione, alla stipula si addivene nel rispetto delle legislazioni regionali applicabili, le quali devono essere, tuttavia, coerenti con la legislazione nazionale.

In merito, occorre, rammentare quanto evidenziato dalla giurisprudenza amministrativa (T.A.R. Lazio Roma, sez. III *quater*, 9 dicembre 2008, n. 11093; n. 3767 del 26 aprile 2012), secondo cui non può ammettersi che l'utilizzo dello strumento convenzionale si traduca in una deroga completa al generale obbligo di confronto concorrenziale, giacché l'utilizzo di risorse pubbliche impone il rispetto dei principi generali della trasparenza e della *par condicio*.

Si suggerisce, pertanto, che, nell'ambito della programmazione dell'attività contrattuale per l'acquisizione di beni e servizi (a prescindere dall'avvenuta adozione del programma facoltativo di cui all'art. 271 del Regolamento), l'ente individui le esigenze di approvvigionamento di beni e servizi che possono essere soddisfatte mediante le convenzioni *ex art.* 5 della legge n. 381/1991. E' poi possibile procedere alla pubblicazione, sul proprio profilo committente, di un avviso pubblico, atto a rendere nota la volontà di riservare parte degli appalti di determinati servizi e forniture alle cooperative sociali di tipo B, per le finalità di reinserimento lavorativo di soggetti svantaggiati. In

applicazione dei generali principi di buona amministrazione, economicità, efficacia e trasparenza (oltre che, in alcuni casi, di specifiche disposizioni di legge regionale), l'ente, ove sussistano più cooperative interessate alla stipula della convenzione, promuove l'esperimento di una procedura competitiva di tipo negoziato tra tali soggetti. In tali casi, nella lettera di invito, l'ente specifica gli obiettivi di inserimento sociale e lavorativo che intende perseguire mediante la stipula della convenzione ed i criteri in base ai quali verranno comparate le diverse soluzioni tecniche presentate da parte delle cooperative.

Dal tenore letterale del comma 1 dell'art. 5 della legge n. 381/1991 e dal rinvio ivi contenuto alle soglie comunitarie, emerge che l'ambito della deroga al Codice dei contratti è limitato alle sole procedure di aggiudicazione. E' quindi applicabile la disciplina dettata dal Codice dei contratti e dal Regolamento attuativo sia per quanto attiene ai requisiti di partecipazione ed alle specifiche tecniche sia per l'esecuzione delle prestazioni, nonché con riguardo agli obblighi di comunicazione nei confronti dell'Autorità.

Si rammenta che anche in caso di importi di valore inferiore alle soglie comunitarie, eventuali limitazioni territoriali - che configurassero il possesso della sede legale nel territorio comunale come condizione ostativa all'accesso al confronto concorrenziale - possono porsi in contrasto con il principio di parità di trattamento di cui all'articolo 3 della Costituzione e con la normativa comunitaria, come già rilevato dall'Autorità (si veda, ad esempio, la deliberazione n. 45/2010 e, con specifico riferimento agli affidamenti di valore inferiore alle soglie comunitarie, il comunicato del Presidente dell'Autorità del 20 ottobre 2010 "*Bandi di gara e limitazioni di carattere territoriale*"). Come rilevato, mentre la scelta del contraente può avvenire anche in deroga alla disciplina del Codice dei contratti e del Regolamento, la fase dell'esecuzione delle prestazioni oggetto di convenzione resta sottoposta a tutte le norme non espressamente derogate e, in particolare, alle disposizioni che regolano gli appalti di servizi e forniture sotto soglia, in ossequio a quanto previsto dall'art. 121 del Codice dei contratti.

Quanto ai controlli da esperirsi in corso di esecuzione, essi concernono, in primo luogo, il permanere delle condizioni che legittimano l'applicazione dell'art. 5 della legge n. 381/1991, tra le quali, ad esempio, l'iscrizione al registro regionale di cui all'art. 9, sul presupposto che venga rispettato quanto previsto dall'art. 4, comma 2, della medesima legge. E' necessario che, nell'ambito delle verifiche di conformità in corso di esecuzione, la stazione appaltante accerti la

persistenza della predetta condizione e - in caso di esito negativo – adotti le conseguenti determinazioni (risoluzione della convenzione e dei contratti conseguentemente stipulati, comunicazione all'albo ai fini della cancellazione). In secondo luogo, occorre verificare il concreto perseguimento della finalità di reinserimento lavorativo; al riguardo si suggerisce alle stazioni appaltanti, laddove possibile, di indicare il numero o la percentuale di lavoratori svantaggiati da impiegare nella convenzione, al fine di consentire le necessarie verifiche circa il corretto svolgimento del progetto di reinserimento lavorativo.

Per completezza, è opportuno rammentare che, ai sensi dell'articolo art. 52 del Codice dei contratti, le stazioni appaltanti, fatte salve le norme vigenti sulle cooperative sociali e sulle imprese sociali, possono riservare la partecipazione alle procedure di gara, anche per appalti sopra soglia comunitaria, a laboratori protetti nel rispetto della normativa vigente, o riservarne l'esecuzione nel contesto di programmi di lavoro protetti quando la maggioranza dei lavoratori interessati è composta di disabili i quali, in ragione della natura o della gravità del loro handicap, non possono esercitare un'attività professionale in condizioni normali. Come osservato nella determinazione n. 2 del 23 gennaio 2008, *"Indicazioni operative sugli appalti riservati"*, l'art. 52 e la legge n. 381/1991 si muovono in ambiti distinti, ma ciò non esclude che le cooperative sociali di cui all'art. 1, lettera b), della citata legge n. 381/1991 possano essere riconosciute come laboratori protetti, qualora possiedano i requisiti prescritti, e, pertanto, possano partecipare agli appalti riservati ai sensi della citata normativa.

4. Le clausole sociali

Secondo quanto previsto dall'art. 5, comma 4, della legge n. 381/1991, per i servizi e forniture di valore pari o superiore alla soglia di cui all'articolo 28, comma 1, lettera b) del Codice dei contratti, diversi da quelli socio-sanitari ed educativi, gli atti di gara possono prevedere, fra le condizioni di esecuzione, l'obbligo di eseguire il contratto con l'impiego di persone svantaggiate di cui al citato art. 4, correlativamente all'adozione di specifici programmi di recupero e inserimento lavorativo.

Le stazioni appaltanti devono poi vigilare sul rispetto del singolo programma di lavoro che accompagna ciascun inserimento lavorativo di soggetti svantaggiati impiegati nel corso

dell'esecuzione del contratto stesso, fissando le condizioni in modo chiaro nei documenti di gara.

La possibilità di prevedere “clausole sociali” nell'esecuzione del contratto è prevista, in linea generale, dall'articolo 69 del Codice dei contratti; tale disposizione prevede che *“le stazioni appaltanti possono esigere condizioni particolari per l'esecuzione del contratto, purché siano compatibili con il diritto comunitario e, tra l'altro, con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, e purché siano precisate nel bando di gara, o nell'invito in caso di procedure senza bando, o nel capitolato d'onere. Dette condizioni possono attenere, in particolare, a esigenze sociali o ambientali”*.

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

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

L'Autorità, ad esempio, ha ritenuto che l'impiego di persone con disabilità, quale condizione di esecuzione dell'appalto, è conforme al disposto dell'art. 69 del Codice dei contratti sia in quanto modalità di prestazione del servizio finalizzata al perseguimento di obiettivi sociali sia in virtù della compatibilità con il diritto comunitario e con i principi del Trattato CE richiamati (cfr. pareri sulla normativa 4 aprile 2012, n. 7; 14 maggio 2009, n. 8). Parimenti, è stato ritenuto compatibile con la normativa di settore un protocollo d'intesa stipulato tra regione ed aziende sanitarie mediante il quale veniva individuata, a monte, una quota di servizi da affidare mediante il convenzionamento con le cooperative sociali di tipo B ovvero con inserimento di clausole sociali come condizioni di esecuzione (cfr. parere sulla normativa 10 marzo 2011, n. 6).

Sotto il profilo formale, la costante interpretazione dell'Autorità è nel senso di ritenere che la

stazione appaltante sia tenuta a prevedere la clausola sociale nel capitolato speciale di appalto e nel bando di gara, onorando gli obblighi pubblicitari richiesti dalla norma. In altri termini, le condizioni di esecuzione devono essere adeguatamente evidenziate in una clausola espressa del bando di gara.

Sulla base di quanto sopra considerato

IL CONSIGLIO

Adotta la presente determinazione.

Il Relatore

Piero Calandra

Il Presidente

Sergio Santoro

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data: 3 agosto 2012

Il Segretario: Maria Esposito