

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

Audizione del 16 maggio 2012

Osservazioni pervenute da Pubbliche Amministrazioni mediante la consultazione on line

N. 1 CITTA' DI TORINO - MARIANGELA ROSSATO - DIRETTORE DEL SERVIZIO CENTRALE CONTRATTI E APPALTI

Si valuta in primo luogo molto positivamente la disamina puntuale svolta dal codesta Autorità in una tematica complessa, in cui autorevoli linee di indirizzo sono auspicabili. Si ritiene che il quadro proposto sia pienamente condivisibile e si ritiene di proporre unicamente l'integrazione della trattazione con due punti che paiono utili alla completezza della medesima e che risultano problematici per gli operatori.

a) In particolare, in relazione ai punti 2 e 3 concernenti, rispettivamente, l'oggetto della convenzione e il reinserimento lavorativo, sembrerebbe utile ed opportuno esplicitare con maggiore definizione la dimensione soggettiva delle misure di reinserimento lavorativo.

Al riguardo è evidente come la convenzione ex art. 5 legge n. 381/1991 costituisca uno strumento diretto a fornire una duplice risposta ad un'esigenza sociale: il perseguimento dell'interesse pubblico all'acquisizione di una prestazione contrattuale e l'interesse pubblico equivalente a che tale prestazione sia svolta attraverso l'inserimento lavorativo di soggetti svantaggiati. Ne consegue il naturale e imprescindibile legame che deve sussistere tra l'implementazione della convenzione e il territorio di riferimento; legame che parrebbe postulare la legittimità di quelle previsioni capitolari e di gara volte a identificare già in quella sede, in termini soggettivi, i beneficiari dell'inserimento lavorativo o, in subordine, di determinare compiutamente gli elementi alla cui stregua procedere alla detta identificazione soggettiva. Tali beneficiari sarebbero individuati tra i residenti e/o domiciliati nel contesto territoriale di riferimento, consentendo al Comune, in qualità di ente esponenziale degli interessi della propria collettività di riferimento, di agevolare l'inserimento lavorativo di quei cittadini svantaggiati affidati in via istituzionale alle sue cure in quanto coinvolti nell'assistenza sociale locale o, comunque, versanti in condizioni di disagio socio-economico. Una simile clausola, perfettamente aderente ad una delle funzioni fondamentali che il diritto positivo ascrive alla ratio costitutiva dei Comuni, rappresentata dalla gestione del sistema locale dei servizi sociali, risulterebbe circoscritta nei limiti di una particolare condizione di esecuzione della prestazione e sarebbe ampiamente pubblicizzata in tutti i documenti della gara/selezione. Tutto ciò non andrebbe a costituire un'indebita interferenza in sede di requisiti di partecipazione né andrebbe ad alterare le condizioni di concorrenza del mercato, risultando, dunque, compatibile con il diritto comunitario e improduttiva di effetti pregiudizievoli sulla reale ed effettiva concorrenza tra gli operatori del mercato.

b) In merito al punto 5 sulle modalità di affidamento della convenzione, sembrerebbe utile ed opportuno esplicitare con maggiore definizione le modalità di valorizzazione del programma sociale di inserimento lavorativo dei lavoratori svantaggiati di cui all'art. 5, comma 4, legge n. 381/1991. E' pacifico in giurisprudenza (Cons. Stato, Sez. V, 28 aprile 2003, n. 2128) che, in base all'art. 5 della legge n. 381/1991, la stazione appaltante possa richiedere, a tutti i partecipanti ad una pubblica gara per l'affidamento di un servizio diverso da quello socio-sanitario ed educativo di valore superiore alla soglia comunitaria, l'adozione di specifici programmi di inserimento dei cd. lavoratori socialmente utili e di altri soggetti svantaggiati, con obbligo di presentare conforme piano di impresa e, per l'aggiudicataria, di procedere all'assunzione dei

soggetti svantaggiati. Sempre in giurisprudenza si è precisato che l'art. 5, comma 4, della legge n. 381/1991 deve essere interpretato nel senso che esso consente l'inclusione, tra le condizioni di ammissione alla gara e tra i parametri di valutazione delle offerte, del programma di recupero e reinserimento lavorativo delle persone svantaggiate, rinviando solo la verifica della capacità di ottemperare a detto programma ad un momento successivo all'aggiudicazione dell'appalto (T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 1 aprile 2008, n. 692). Sono note alla scrivente Stazione Appaltante le criticità afferenti alla configurabilità, all'interno degli elementi di valutazione quando il criterio di aggiudicazione sia quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, di elementi non strettamente attinenti all'oggetto dell'appalto, ai quali è possibile ricondurre il programma sociale di inserimento lavorativo di che trattasi; tuttavia, si ritiene che le considerazioni sviluppate dal T.A.R. Lombardia possano ritenersi compatibili con i principi comunitari recepiti dall'art. 2, comma 2, del Codice dei contratti pubblici e, ancor più, con le nuove proposte legislative di revisione degli appalti pubblici presentate dalla Commissione Europea COM (2011) 895 def e COM (2011) 896 def, contenenti un chiaro indirizzo all'uso strategico degli appalti pubblici.

Parrebbe pertanto ipotizzabile considerare il progetto di inserimento lavorativo all'interno della valutazione dell'offerta tecnica, in relazione al diverso apporto qualitativo e valoriale che può avere la prestazione proposta al riguardo dai diversi concorrenti.

N.2 COMUNE DI AURONZO DI CADORE – NICOLA FAGHERAZZI - RESPONSABILE SETTORE TECNICO

Oggetto: Documento base per la consultazione delle "Linee guida per gli affidamenti a Cooperative Sociali ai sensi dell'art. 5 comma 1 della Legge nr. 381/1991".

Nell'esprimere gratitudine ed apprezzamento per la determinazione dell'Autorità per quanto riportato in oggetto che predispone nuove linee per favorire l'attuazione di strumenti volti a promuovere l'occupazione di persone disabili e svantaggiate attraverso gli affidamenti alle Cooperative Sociali, segnaliamo di seguito due punti che a nostro avviso andrebbero valutati attentamente e modificati.

Paragrafo 5 "Le modalità di affidamento della convenzione"

Si evidenzia che gli aspetti di concorrenzialità dovrebbero essere circoscritti alle ipotesi in cui vi sia un reale mercato concorrenziale. Inoltre, nel medesimo paragrafo non è chiaro il richiamo alla soglia di € 40.000,00*.

Proponiamo di eliminare la frase "Detta procedura potrebbe ricalcare l'iter del cottimo fiduciario (di cui all'art. 125 del Codice dei Contratti), ove siano presenti più soggetti (si veda al riguardo la determinazione AVCP nr. 02/2011). Fino a € 40.000,00* si può procedere all'affidamento diretto".

Tale riferimento nulla ha a che vedere con le convenzioni di inserimento lavorativo, che non seguono la disciplina degli affidamenti in economia né le altre procedure di gara previste dal Codice dei Contratti, se non per scelta specifica delle stazioni appaltanti di avvalersi in taluni casi della procedura di cottimo fiduciario. L'aver inserito il riferimento ad una delle procedure tipiche del codice degli appalti all'interno del paragrafo intitolato "Le modalità di affidamento della convenzione" rischia di generare confusione con la soglia delle convenzioni previste dall'art. 5 della Legge 381/1991 (come sta già avvenendo). Se ne chiede perciò l'eliminazione o la menzione in un paragrafo specifico dedicato alle procedure in economia.

Paragrafo 2 "L'oggetto della convenzione".

Si ritiene di eliminare i riferimenti ai Servizi Pubblici Locali, non essendo ancora definito il quadro di riferimento in materia. Proponiamo di eliminare la frase "con esclusione dei servizi pubblici locali (in tal senso, cfr. C.d.S., sez. V, 11 maggio 2010, nr. 2829) o, comunque erogati in favore dell'utenza".

N.3 COMUNE DI CHIES D'ALPAGO - SINDACO

Oggetto: documento base per la consultazione "Linee Guida per gli affidamenti s cooperative ai sensi dell'art. 5 comma 1 della Legge n 381/1991

Nell'esprimere gratitudine e apprezzamento per la determinazione dell'Autorità in rif. oggetto che predispone nuove linee per favorire l'attuazione di strumenti volti a promuovere l'occupazione di persone disabili e svantaggiate attraverso gli affidamenti alle cooperative sociali, segnaliamo di seguito due punti che a nostro avviso andrebbero valutati attentamente e modificati.

Paragrafo 5 "Le modalità di affidamento della convenzione"

Si evidenzia che gli aspetti di concorrenzialità dovrebbero essere circoscritti alle ipotesi in cui vi sia un reale mercato concorrenziale. Inoltre, nel medesimo paragrafo non è chiaro il richiamo alla soglia di 40.000 euro. Proponiamo di eliminare la frase "Detta procedura potrebbe ricalcare l'iter del cottimo fiduciario (di cui all'art.125 del Codice dei Contratti), ove siano presenti più soggetti (si veda al riguardo la determinazione AVCP n 2/2011). Fino a € 40.000 si può procedere all'affidamento diretto".

Tale riferimento nulla ha a che vedere con le convenzioni di inserimento lavorativo, che non seguono la disciplina degli affidamenti in economia né altre procedure di gara previste dal codice dei contratti, se non per scelta specifica delle stazioni appaltanti di avvalersi in taluni casi della procedura di cottimo fiduciario. L'aver inserito il riferimento a una delle procedure tipiche del codice degli appalti all'interno del paragrafo intitolato "Le modalità di affidamento della convenzione" rischia di generare confusione con al soglia delle convenzioni prevista dall'art. 5 della legge 381/1991(come sta già avvenendo). Se ne chiede l'eliminazione o la menzione in un paragrafo specifico dedicato alle procedure in economia.

Paragrafo 2 " L'oggetto della convenzione"

Si ritiene di eliminare i riferimenti ai Servizi Pubblici Locali, non essendo ancora definito il quadro di riferimento in materia. Proponiamo di eliminare la frase "Con esclusione dei servizi pubblici locali" (in tal senso, cfr Cd.S, sez V, 11 maggio 2010, n 2829)o, comunque erogati in favore dell'utenza".

N.4 COMUNE DI LONGARONE - UFFICIO TECNICO

Paragrafo 5 "Le modalità di affidamento della convenzione"

Si evidenzia che gli aspetti di concorrenzialità dovrebbero essere circoscritti alle ipotesi in cui vi sia un reale mercato concorrenziale. Inoltre, nel medesimo paragrafo non è chiaro il richiamo alla soglia di 40.000 euro. Proponiamo di eliminare la frase "Detta procedura potrebbe ricalcare l'iter del cottimo fiduciario (di cui all'art. 125 del Codice dei Contratti), ove siano presenti più soggetti (si veda al riguardo la determinazione AVCP n. 2/2011). Fino a € 40.000 si può procedere all'affidamento diretto".

Tale riferimento nulla ha a che vedere con le convenzioni di inserimento lavorativo, che non seguono la disciplina degli affidamenti in economia né le altre procedure di gara previste dal codice dei contratti, se

non per scelta specifica delle stazioni appaltanti di avvalersi in taluni casi della procedura di cottimo fiduciario. L'aver inserito il riferimento a una delle procedure tipiche del codice degli appalti all'interno del paragrafo intitolato "Le modalità di affidamento della convenzione" rischia di generare confusione con la soglia delle convenzioni prevista dall'art. 5 della legge 381/1991 (come già sta avvenendo). Se ne chiede perciò l'eliminazione o la menzione in un paragrafo specifico dedicato alle procedure in economia.

Paragrafo 2 "L'oggetto della convenzione"

Si ritiene di eliminare i riferimenti ai Servizi Pubblici Locali, non essendo ancora definito il quadro di riferimento in materia. Proponiamo di eliminare la frase "con esclusione dei servizi pubblici locali (in tal senso, cfr. C.d.S., sez V, 11 maggio 2010, n. 2829) o comunque erogati in favore dell'utenza".

N.5 COMUNE DI SANTO STEFANO DI CADORE

Si segnalano di seguito i due punti che secondo l'Amministrazione Comunale da me rappresentata andrebbero valutati e attentamente modificati nell'ambito del documento base per Consultazioni "Linee Guida per gli affidamenti a cooperative sociali ai sensi dell'art 5, comma 1, della Legge 381/1991

PARAGRAFO 2 "L'OGGETTO DELLA CONVENZIONE".....si ritiene di eliminare i riferimenti ai Servizi Pubblici Locali, non essendo ancora definito il quadro di riferimento in materia. Proponiamo di eliminare la frase "con esclusione dei servizi pubblici locali (in tal senso, cfr C.d.S., sez. V, 11 maggio 2010, n. 2829) o, comunque erogati in favore dell'utenza".

PARAGRAFO 5 "LE MODALITA' DI AFFIDAMENTO DELLA CONVENZIONE".....si evidenzia che gli aspetti di concorrenzialità dovrebbero essere circoscritti alle ipotesi in cui vi sia un reale mercato concorrenziale. Inoltre, nel medesimo paragrafo non è chiaro il richiamo alla soglia di 40.000 euro. Proponiamo di eliminare la frase "Detta procedura potrebbe ricalcare l'iter del cottimo fiduciario (di cui all'art. 125 del Codice dei Contratti), ove siano presenti più soggetti (si veda al riguardo la determinazione AVCP n. 2/2011). Fino a €40.000 si può procedere all'affidamento diretto". Tale riferimento nulla ha a che vedere con le convenzioni di inserimento lavorativo, che non seguono la disciplina degli affidamenti in economia nè le altre procedure di gara previste dal codice dei contratti, se non per scelta specifica delle stazioni appaltanti di avvalersi in taluni casi della procedura di cottimo fiduciario. L'aver inserito il riferimento a una delle procedure tipiche del codice degli appalti all'interno del paragrafo intitolato "Le modalità di affidamento della convenzione" rischia di generare confusione con la soglia delle convenzioni prevista dall'art. 5 della Legge 381/1991 (come sta già avvenendo). Se ne chiede perciò l'eliminazione o la menzione in un paragrafo specifico dedicato alle procedure in economia.

N. 6 PROVINCIA DI MILANO – ALFONSO DE STEFANO – SEGRETARIO GENERALE

1) Il documento di consultazione avente ad oggetto "Linee guida per gli affidamenti a cooperative sociali ai sensi dell'art. 5, comma 1, della legge n. 381/1991", nel richiamare, nelle sue diverse parti, gli atti sino ad oggi emanati dall'Avcp sui temi trattati, oltre che alcune pronunce del giudice amministrativo rese sulla materia, considera, in sintesi, che la disciplina delle convenzioni stipulate con le cooperative sociali di tipo B: a) è attuativa dell'art. 45 della Costituzione; b) costituisce una deroga al Codice dei contratti, limitatamente alle sole procedure di aggiudicazione; c) richiede in linea di massima l'espletamento di una procedura competitiva di tipo negoziato tra più cooperative interessate all'affidamento della convenzione, che può ricalcare l'iter del cottimo fiduciario. Si afferma, altresì, che le forniture di beni e servizi oggetto della convenzione rientrano nella più generale fattispecie di contratto di appalto. Viene dunque rilevato il

carattere speciale dell'affidamento di servizi/forniture a cooperative sociali di tipo B per importi sottosoglia, salva la necessità del confronto concorrenziale (quale principio generale dell'ordinamento nazionale) tra più cooperative sociali di tipo B interessate all'affidamento. Ad avviso dello scrivente, sarebbe opportuno soffermarsi più diffusamente sull'aspetto della compatibilità dell'art. 5, comma 1, l. n. 381/1991, con il diritto comunitario, nella misura in cui si ritiene che il citato articolo 5 consente di escludere tout court dalle procedure di affidamento di commesse pubbliche -a determinate condizioni- gli operatori economici diversi dalle suddette cooperative. La Commissione europea (comunicazione interpretativa della Commissione Europea - GU dell'Unione Europea 1 agosto 2006, C/179/02), infatti, indica come applicabili ai contratti per importi sotto soglia (quali contratti "esclusi") i principi di trasparenza, non discriminazione e parità di trattamento: anche gli affidamenti sottosoglia devono essere adeguatamente pubblicizzati e, quindi, essere aperti alla generalità degli operatori economici potenzialmente interessati al contratto. Deve essere, nella sostanza, garantita la possibilità per tutti di poter accedere a una commessa pubblica. In questa prospettiva, il ricorso a gare riservate non sembra ottemperare al sistema dei principi fondamentali del diritto comunitario neppure ove tali gare siano esperite nei confronti delle sole cooperative di tipo B. Lo strumento del convenzionamento con le cooperative sociali di tipo B, per quanto si tratti di un istituto previsto dall'ordinamento vigente, pare insomma dare adito a problemi di compatibilità con i principi del trattato CE.. Potrebbe in definitiva affermarsi che l'amministrazione aggiudicatrice dovrebbe sempre garantire quanto meno la turnazione degli operatori economici nell'ambito di un elenco di operatori qualificati, preventivamente pubblicizzato, cui tutti possono accedere. Allo stesso modo, il principio di rotazione dovrebbe essere sempre applicato alla generalità di operatori economici e non ad alcune tipologie di operatori soltanto. Entro questa prospettiva: 1) le cooperative sociali di tipo B dovrebbero essere iscritte sia agli albi regionali che agli elenchi di operatori economici tenuti dalle stazioni appaltanti; 2) si potrebbe giungere ad attribuire rilevanza alla distinzione tra soggetti profit e soggetti no profit (consentendo di selezionare i soggetti potenziali affidatari del contratto in considerazione della loro qualità o comunque degli aspetti sociali dell'attività oggetto di appalto) solo in caso di fattispecie di diretta matrice comunitaria quali quelle di cui all'art. 52 del Codice dei contratti (cui "adde" la fattispecie di cui all'art. 5, comma 4, legge n. 381/1991); 3) si potrebbe sostenere che i principi del diritto comunitario conducono ad un'interpretazione abrogativa dell'art. 5, comma 1, l. 381/1991. Si dà infine atto che la Commissione Europea è pur già intervenuta per censurare la normativa in esame, per quanto consta, solo onde fossero introdotte limitazioni di importo per l'applicazione della deroga in essa prevista. Si domanda pertanto se l'Avcp possa estendere le proprie riflessioni anche ai sopra delineati quesiti.

2) Nel paragrafo n. 5 del documento di consultazione si afferma che "...l'ambito della deroga al Codice dei contratti è limitato alle sole procedure di aggiudicazione: pertanto, le convenzioni stipulate ai sensi dell'art. 5, comma 1 - e gli affidamenti ad esse conseguenti - sono soggetti alla disciplina del Codice dei contratti e del Regolamento attuativo (d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207) 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 chiede, pertanto, se l'Avcp: 1) possa soffermarsi sugli elementi sui quali le pubbliche amministrazioni possono basarsi per la dimostrazione delle capacità tecniche dei concorrenti (ivi compreso il peso che si possa/debba attribuire all'esperienza maturata dalle cooperative); 2) possa soffermarsi più diffusamente sui criteri per la scelta dell'offerta migliore, al fine di selezionare il soggetto con cui stipulare la convenzione (si ritiene che si dovrebbe dare all'offerta economica un valore non preponderante rispetto al possesso di requisiti tecnico-professionali). In particolare, laddove l'amministrazione applichi il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, si segnala che potrebbero essere utili alcune indicazioni per la valutazione dell'offerta tecnica, con particolare riguardo al confronto che va operato tra i percorsi di reinserimento lavorativo presentati dagli operatori che partecipano alla procedura per l'affidamento della

convenzione, specie con riguardo alla possibilità di agevolare determinate categorie di soggetti svantaggiati (ex detenuti, disabili, ecc.) rispetto ad altre.

N. 7 COMUNITÀ MONTANA COMELICO E SAPPADA – SANTO STEFANO DI CADORE

Nell'esprimere gratitudine e apprezzamento per la determinazione dell'Autorità in rif. oggetto che predispone linee guida per favorire l'attuazione di strumenti volti a promuovere l'occupazione di persone disabili e svantaggiate attraverso affidamenti alle cooperative sociali, segnaliamo di seguito due punti che a nostro avviso andrebbero valutati attentamente e modificati.

PARAGRAFO 5 "LE MODALITÀ DI AFFIDAMENTO DELLA CONVENZIONE"

Si evidenzia che gli aspetti di concorrenzialità dovrebbero essere circoscritti alle ipotesi in cui vi sia un reale mercato concorrenziale. Inoltre, nel medesimo paragrafo non è chiaro il richiamo alla soglia di 40.000 euro. Proponiamo di eliminare la frase "Detta procedura potrebbe ricalcare l'iter del cottimo fiduciario (di cui all'art. 125 del Codice dei Contratti), ove siano presenti più soggetti (si veda al riguardo la determinazione AVCP n. 2/2011). Fino a €40.000 si può procedere all'affidamento diretto". Tale riferimento nulla ha a che vedere con le convenzioni di inserimento lavorativo, che non seguono la disciplina degli affidamenti in economia né le altre procedure di gara previste dal codice dei contratti, se non per scelta specifica delle stazioni appaltanti di avvalersi in taluni casi della procedura di cottimo fiduciario. L'aver inserito il riferimento a una delle procedure tipiche del codice degli appalti all'interno del paragrafo intitolato "Le modalità di affidamento della convenzione" rischia di generare confusione con la soglia delle convenzioni prevista dall'art. 5 della Legge 381/1991 (come sta già avvenendo). Se ne chiede perciò l'eliminazione o la menzione in un paragrafo specifico dedicato alle procedure in economia.

PARAGRAFO 2 "L'OGGETTO DELLA CONVENZIONE"

Si ritiene di eliminare i riferimenti ai Servizi Pubblici Locali, non essendo ancora definito il quadro di riferimento in materia. Proponiamo di eliminare la frase "con esclusione dei servizi pubblici locali (in tal senso, cfr C.d.S., sez. V, 11 maggio 2010, n. 2829) o, comunque erogati in favore dell'utenza".