

Determinazione n. 2 del 23/01/2008

Indicazioni operative sugli appalti riservati - Art. 52 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n.163 e s.m.i.

Il Consiglio

Considerato in fatto

Il presente atto di determinazione si propone di fornire 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.

Al riguardo, la Commissione europea, con distinte comunicazioni interpretative ("Gli appalti pubblici nell'Unione Europea" dell'11 marzo 1998, seguita dalle due comunicazioni del 2001 sugli aspetti ambientali e sociali), aveva fornito indicazioni in materia. Le direttive n. 17/2004 e n. 18/2004 hanno poi previsto disposizioni specifiche sulla possibilità di tenere in considerazione, nell'affidamento e/o nell'esecuzione di contratti pubblici, criteri sociali e ambientali.

Nel recepire le suddette direttive, quindi, il decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, ha in primo luogo stabilito, all'art. 2, recante i "Principi", 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, nonché alla tutela della salute e dell'ambiente e alla promozione dello sviluppo sostenibile".

Esso ha inoltre inserito, nella parte relativa ai "requisiti dei partecipanti alle procedure di affidamento", dedicata quindi ai profili soggettivi della procedura di appalto, l'art. 52 sugli appalti riservati, che 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.

Appare opportuno chiarire alcuni aspetti attinenti le predette disposizioni, ai fini della loro corretta applicazione.

L'art. 52, infatti, contempla l'istituto dei laboratori protetti e l'istituto dei programmi di lavoro protetti, non definiti a livello normativo, ed esige un coordinamento con la legislazione nazionale vigente relativa alle cooperative sociali e alle imprese sociali, la quale è espressamente fatta salva dalla medesima disposizione del codice dei contratti.

Data la rilevanza delle questioni prospettate, l'Autorità ha proceduto ad effettuare apposite audizioni con i rappresentanti delle associazioni delle cooperative e delle imprese e con i ministeri interessati, nonché con l'ANCI e l'UPI.

Tutti i partecipanti alle audizioni hanno rilevato l'importanza delle tematiche in questione ed hanno espresso altresì l'esigenza di un atto di indirizzo dell'Autorità che dia indicazioni utili alle stazioni appaltanti ed alle imprese.

Ritenuto in diritto

Appalti riservati (art. 52, D.lgs n. 163/2006).

L'art. 52 del D.lgs n.163/2006 prevede che le stazioni appaltanti possano riservare la partecipazione alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, 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.

Al fine di potersi avvalere della disposizione in parola, le stazioni appaltanti devono rendere nota la propria intenzione dandone indicazione nel bando di gara (i modelli di bando soprasoglia contengono la specificazione nel caso in cui la stazione appaltante intenda riservare l'appalto).

Con l'art. 52 il legislatore ha inteso perseguire le esigenze sociali di cui all'art. 2, comma 2, del D.lgs n.163/2006 introducendo 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'art. 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. Detta riserva consente di salvaguardare la posizione degli stessi ponendoli al di fuori di meccanismi esclusivamente concorrenziali.

Come premesso, sia i laboratori protetti che i programmi protetti sono istituti che la normativa nazionale vigente non prevede.

Entrambi fanno la loro comparsa per la prima volta, a livello comunitario, nella Relazione del Parlamento Europeo sulla proposta di direttiva relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, di servizi e di lavori, del 29 ottobre 2001 e, sulla base di quanto ivi previsto e confermato in atti comunitari successivi, sono entrambi caratterizzati dall'impiego di oltre la metà di lavoratori disabili, da intendersi quali portatori di handicap con esclusione, pertanto, delle altre categorie svantaggiate per motivi diversi dalla disabilità.

La disciplina nazionale di recepimento di numerosi paesi europei, quali Francia, Regno Unito, Spagna e Irlanda, che, al contrario dell'Italia, prevedono nei loro ordinamenti gli istituti di che trattasi, si conforma alla previsione del legislatore comunitario facendo chiaramente riferimento alla necessità che, ai fini della riserva, venga sempre integrata la condizione dell'impiego della maggioranza di lavoratori disabili.

In Italia, tenuto conto dell'attuale lacuna normativa, occorre definire le condizioni oggettive che devono ricorrere ai fini dell'identificazione dei laboratori protetti.

Allo scopo, si ritiene che, affinché la norma non rimanga una semplice enunciazione e sia effettivamente applicata, debbano essere cumulativamente posseduti dal soggetto che intende essere riconosciuto quale laboratorio protetto ai fini dell'art. 52 i seguenti requisiti:

- a) essere un soggetto giuridico, costituito nel rispetto della vigente normativa, che eserciti in via stabile e principale un'attività economica organizzata;
- b) prevedere nei documenti sociali, tra le finalità dell'ente, quella dell'inserimento lavorativo delle persone disabili;
- c) 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.

Per quanto attiene il requisito sub c), si ritiene che per disabili debbano intendersi le persone in età lavorativa affette da minorazioni fisiche, psichiche o sensoriali, i portatori di handicap intellettuale e le persone non vedenti e sordomute (L. 12 marzo 1999, n. 68).

Per ciò che concerne il coordinamento con la vigente normativa in materia di cooperative sociali e imprese sociali, la clausola di salvaguardia posta all'inizio dell'art. 52 ("Fatte salve le norme vigenti sulle cooperative sociali e sulle imprese sociali") sta ad indicare che le due discipline - quella dell'art. 52 del D.lgs. n.163/2006 e quella della legge n.381/91 e s.m.i - si muovono in ambiti distinti.

Si deve infatti considerare che le cooperative sociali di cui all'art. 1, lettera b), della legge n.381/91 e s.m.i svolgono attività finalizzate all'inserimento lavorativo delle persone svantaggiate e devono possedere un organico costituito almeno per il 30% da persone disagiate (invalidi fisici, psichici e sensoriali, ex degenti di istituti psichiatrici, tossicodipendenti, alcolisti, i lavoratori minorili in situazioni di difficoltà familiare). Inoltre, l'art. 5 della richiamata legge n.381/91 e s.m.i prevede, al comma 1, che gli enti pubblici, compresi quelli economici e le società a partecipazione pubblica possono stipulare convenzioni con le cooperative che svolgono attività diverse - agricole, industriali, commerciali o di servizi (escluso la fornitura di beni e servizi socio-sanitari ed educativi) - finalizzate all'inserimento lavorativo di persone svantaggiate anche in deroga alla disciplina in materia di contratti sottosoglia della pubblica amministrazione e, al comma 4, che nei bandi di gara di appalto e nei capitolati d'oneri relativi a forniture di beni e servizi diversi da quelli socio-sanitari ed educativi, gli enti pubblici, compresi quelli economici e le società a partecipazione pubblica, possono inserire, fra le condizioni di esecuzione, l'obbligo di eseguire il contratto con l'impiego delle persone svantaggiate.

Pur essendo entrambe le disposizioni (art. 52 del D.lgs. n.163/2006 e legge n.381/91 e s.m.i) finalizzate al perseguimento di fini sociali, tuttavia 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.

Ciò, tuttavia, non comporta che le cooperative sociali di cui all'art. 1, lettera b), della legge n.381/91

e s.m.i. non possano essere riconosciute come laboratori protetti, ma anzi, data l'autonomia degli ambiti di applicazione, ne deriva che esse, come d'altronde ogni altro soggetto giuridico, possono accreditarsi quali laboratori protetti, e quindi avvalersi della riserva di cui all'art. 52, a condizione che possiedano i requisiti sopra individuati. In tal caso, la partecipazione alla gara per detti soggetti avverrà in applicazione del citato D.lgs. n.163/2006.

Per quanto concerne la riserva a favore dei programmi di lavoro protetto, essa non si fonda 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'art. 34 del D.lgs. n.163/2006, anche privi dei requisiti necessari ai fini del riconoscimento come laboratori protetti, che 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.

La disciplina di cui all'art. 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, nonché, in mancanza di espressa previsione contraria, anche agli appalti sottosoglia.

Infine, un'ultima attenta valutazione va dedicata ai requisiti richiesti per la partecipazione alla gara.

L'espresso richiamo, contenuto nell'art. 52, al rispetto della normativa vigente deve intendersi riferito al rispetto dei requisiti di ordine generale e di ordine speciale richiesti per la partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica. Come previsto nell'art. 2, comma 2, del D.lgs. n.163/2006, infatti, al perseguimento di obiettivi di tipo sociale può essere subordinato il solo principio dell'economicità ma non anche, evidentemente, 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'art. 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 che, nel caso di specie, dovrà essere declinato sia con riferimento all'oggetto dell'appalto e alle sue caratteristiche specifiche sia con riferimento all'obiettivo sociale che si è inteso perseguire con l'introduzione della riserva.

In particolare, le stazioni appaltanti devono:

- specificare nel bando di partecipazione il possesso dei requisiti di ordine generale, i requisiti di idoneità professionale, la capacità economica, finanziaria, tecnica e professionale di cui agli artt. 38-42 del D.lgs n.163/2006;
- 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 D.lgs n.163/2006;
- disporre le specifiche tecniche relative all'appalto conformemente alle previsioni del codice dei contratti (art.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, dovrà essere posta nella predisposizione del *capitolato d'oneri* con riferimento agli "oneri ed obblighi speciali", quali, a titolo esemplificativo, le modalità ed i tempi di utilizzo del personale disabile per l'intera durata del contratto.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

con riferimento agli appalti riservati (art. 52), è dell'avviso che:

a) possono essere riconosciuti laboratori protetti ai sensi dell'art. 52 del D.lgs. n.163/2006 e s.m.i. 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;

b) possono avvalersi della riserva a favore dei programmi di lavoro protetti anche soggetti giuridici diversi dai laboratori protetti che ricorrono, per l'esecuzione dello specifico 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, anche sulla base di accordi conclusi con soggetti operanti nel settore sociale;

c) il ricorso alle procedure di cui all'art. 52 del codice richiede:

- la pubblicazione del bando con la finalità di rendere noto l'appalto ai soggetti interessati;
- la previsione dei requisiti di partecipazione (di ordine generale e di ordine speciale) in maniera analoga agli appalti non riservati nel rispetto del principio di proporzionalità.

Il Presidente Relatore: Luigi Giampaolino

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 29 gennaio 2008

Il Segretario: Maria Esposito