

PARTECIPAZIONE A PUBBLICHE GARE
ED APPALTI RISERVATI *

DI VITTORIA BERLINGÒ**

Sommario: 1. L'art. 52 del Codice a confronto con altre tipologie di riserva. 2. Un primo inquadramento sistematico dell'art. 52: la *mission* del terzo settore nell'ambito degli appalti pubblici. 3. La partecipazione degli organismi del terzo settore alle procedure di evidenza pubblica alla luce del dibattito giurisprudenziale prima e dopo l'entrata in vigore dell'art. 34 del Codice. 4. La clausola di salvaguardia di cui all'*incipit* dell'art. 52. 4.1. *Segue*: gli appalti riservati ed i conflitti interpretativi sorti sulla definizione di 'laboratori protetti'. 4.2. *Segue*: nuove prospettive per gli organismi finalizzati all'inserimento lavorativo delle categorie svantaggiate. 5. Codice dei contratti pubblici, Commissione europea e Corte di Giustizia: direttrici per una definizione degli appalti pubblici "socialmente responsabili".

1. *L'art. 52 del Codice a confronto con altre tipologie di riserva.*

Il principio del *favor maximae participationis*, in cui possono considerarsi compendiati i principi di concorrenzialità, non discriminazione e libera circolazione, si coniuga, in forza delle limitazioni dallo stesso tollerate ai sensi dell'art. 2 del Codice, e più in particolare nei termini che si avrà modo di analizzare nel corso del lavoro, con l'autonomo rilievo attribuito alla figura dell'«appalto riservato».

Il Codice dei contratti pubblici, nel recepire letteralmente l'art. 19 della direttiva 2004/18/CE relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, forniture e servizi, ha introdotto l'art. 52, statuendo che, «fatte salve le norme vigenti sulle cooperative sociali e sulle imprese sociali, le stazioni appaltanti possono riservare la partecipazione alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, in relazione a singoli appalti, o in considerazione dell'oggetto di determinati appalti, a laboratori protetti nel rispetto della normativa vigente, o riservandone 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».

Occorre, innanzitutto, osservare come l'ambito di applicazione della norma, coincidente con tutti i contratti pubblici (relativi tanto a lavori quanto a servizi e forniture, sia sotto che sopra soglia) nell'ambito dei settori ordinari – in forza della collocazione nel capo II del titolo I della parte II del Codice – implica una sorta di continuità logica con i contratti esclusi, in particolare con gli appalti di servizi elencati nell'allegato II/b, di cui all'art. 20¹.

*Il presente lavoro è destinato a F. SAITTA (a cura di), *Il nuovo Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. Commentario sistematico*, Padova, II ed., in corso di stampa.

** Ricercatore confermato presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Messina.

Per gli appalti dei servizi ‘sanitari e sociali’ e ‘relativi all’istruzione anche professionale’ e quelli di cui all’allegato II/b, il Codice, infatti, sulla scorta delle direttive comunitarie, limita l’applicabilità della propria disciplina a pochissime norme (gli artt. 65, 68 e 225)².

Una delimitazione di analoga portata, anche se non espressamente prevista, va riferita anche alle concessioni per i servizi sociali. Le norme del Codice, infatti, non si applicano alle concessioni sotto soglia comunitaria, per l’esclusione prevista nel comma 1 dell’art. 30. Per le concessioni sopra soglia, invece, il richiamo ai principi, contenuto nel comma 3, va inteso in senso minimale, come necessità di una procedura anche informale ad evidenza pubblica, per una determinazione delle specifiche tecniche del servizio, di elementi di pubblicità della procedura e dei suoi risultati.

La disciplina di cui all’allegato II/b ha una matrice sostanzialmente politica, che si ricollega all’inserimento di tali servizi in settori di mercato mal funzionanti, in cui i singoli Stati hanno introdotto politiche sociali volte a garantire condizioni particolari all’utente, in forza di una competenza nell’organizzazione di tali servizi che agli Stati stessi deriva dal principio di sussidiarietà.

L’esenzione fa, dunque, salva, per i servizi sociali, nei limiti previsti dal Codice, la possibilità del legislatore interno di configurare regimi di sostanziale riserva, all’interno della quale un ruolo decisivo viene assunto dagli enti del terzo settore.

In linea con l’originaria logica comunitaria, la riserva agli enti afferenti al campo della solidarietà si legittima in questi casi soltanto sotto il profilo della irrilevanza economica delle attività o dei servizi, come affermato anche in seno al nostro ordinamento con la nota pronuncia della Corte costituzionale n. 272 del 2004³.

L’esame del funzionamento degli enti del terzo settore è stato utilizzato, prima dal giudice comunitario e poi da quello interno, in forza di un’interpretazione *a contrario*, come indizio per poter affermare l’esclusione della natura economica dell’attività dell’intero comparto e quindi la mancanza di un mercato, con inevitabili pregiudizi nei confronti di una argomentazione in grado di valorizzare la continuità tra le caratteristiche funzionali e strutturali degli enti in questione e la missione specifica loro attribuita dagli enti pubblici.

¹ Secondo BALDI M., *Art. 27 - Principi relativi ai contratti esclusi*, in BALDI M. – TOMEI R. (a cura di), *Disciplina dei contratti pubblici. Commentario al codice appalti*, Milano, 2007, 620, anche per gli indicati appalti trova applicazione la regola generale, prevista dall’art. 27, in forza del quale l’affidamento dei contratti pubblici, aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture, esclusi, in tutto o in parte, dall’applicazione del Codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità.

² DE CARLI P., *Gli affidamenti dei servizi sociali tra concorrenza e localismo*, in *Amministrare*, 2008, 395 ss.; MICHIARA P., *I “servizi sociali privati senza scopo di lucro” e i principi del diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2009, 1051 ss.; PISELLI F., *Capitale sociale e società civile nei nuovi modelli di governance locale*, in *Stato e mercato*, 2005, 455 ss.

³ Cfr. CAIA G., *I servizi sociali degli enti locali e la loro gestione con affidamento a terzi. Premesse di inquadramento*, in *San. pubbl. e priv.*, 2004, 281 ss.; CAROSELLI A., *Gli effetti della sentenza della Corte costituzionale, 27 luglio 2004, n. 272 sul sistema normativo in materia di gestione di servizi pubblici locali*, in www.dirittodeiservizipubblici.it; POLICE A. – GIULIETTI W., *Servizi pubblici, servizi sociali e mercato: un difficile equilibrio*, in *Serv. pubbl. e app.*, 2004, 831 ss.; TRAINA E., *Quale disciplina per l’affidamento dei servizi pubblici locali privi di rilevanza economica?*, in www.giustamm.it.

In questo senso l'art. 52 rappresenta una svolta importante, dovendosi ritenere che negli appalti pubblici in genere, a differenza dei servizi sociali, la specificità dei tratti identitari di tali enti sia sufficiente a giustificare l'esenzione dall'applicazione delle norme sulla concorrenza.

Non è più (o solo) la natura non economica dell'attività a determinare la sottrazione alle norme di tutela della concorrenza, per cui non ricorre più (o solo) una riserva di attività, ma altresì una riserva dovuta alla particolare natura degli enti.

Si può, per tal via, ipotizzare una compatibilità comunitaria degli appalti riservati nei casi in cui la conformazione dell'ente sia così peculiare, per l'oggettiva particolarità dei soggetti componenti l'ente oppure per le modalità lavorative dei membri dello stesso, da far presumere che lo stesso si muova in un campo rappresentabile non solo economicamente e che la creazione della riserva sia funzionale all'applicazione del principio di uguaglianza sostanziale fra persone affette o meno da disabilità.

In tale direzione spingono, in primo luogo, le motivazioni poste a sostegno della previsione degli appalti riservati. Il ventottesimo considerando della direttiva, cui l'art. 52 si rifà, chiarisce, infatti, che «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»⁴.

Risultano, altresì, rilevanti recenti pronunciamenti europei. Al riguardo, l'«economia sociale» è stata fatta oggetto di un'apposita risoluzione del Parlamento europeo, secondo la quale, considerato che «l'economia sociale si basa su un paradigma sociale che è conforme ai principi fondamentali del modello sociale e di *welfare* europeo e che oggi l'economia sociale svolge un ruolo fondamentale nel mantenere e rafforzare tale modello, gestendo la produzione e l'offerta di molti servizi sociali e di interesse collettivo [...] l'economia sociale, unendo redditività e solidarietà, svolge un ruolo essenziale nell'economia europea permettendo [...] il rafforzamento della coesione sociale, economica e territoriale, generando capitale sociale, promuovendo la cittadinanza attiva, la solidarietà e una visione dell'economia fatta di valori democratici»; per tanto, si ritiene che «le imprese dell'economia sociale non debbano essere soggette all'applicazione delle stesse regole di concorrenza delle altre imprese e che esse necessitano di un quadro giuridico certo, basato sul riconoscimento dei loro specifici valori», e si chiede alla Commissione di predisporre, appunto, «un quadro giuridico dell'Unione Europea favorevole alla costruzione e al mantenimento di partenariati territoriali tra il settore dell'economia sociale e le autorità locali, definendo criteri per il riconoscimento e la valorizzazione

⁴ Per un commento all'art. 19 della direttiva 2004/18/CE, cfr. LOTTINI M., *Gli appalti riservati*, in GAROFOLI R. – SANDULLI A.M. (a cura di), *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella Legge comunitaria n. 62/2005*, Milano, 129 ss.

dell'economia sociale, per lo sviluppo locale sostenibile e per la promozione dell'interesse generale»⁵.

2. *Un primo inquadramento sistematico dell'art. 52: la mission del terzo settore nell'ambito degli appalti pubblici.*

Se i dati fin qui forniti attestano un nuovo atteggiamento della politica europea nei confronti degli enti del terzo settore, è interessante osservare come questa presa di posizione non rimanga relegata a settori avulsi da ogni rilevanza economica, superando così ogni possibile distorsione interpretativa, come quella alimentata da una lettura parziale e non sistematica della giurisprudenza della Corte costituzionale italiana, in forza del ruolo assegnato alla tutela della concorrenza nella definizione dei confini tra attività economica e attività non economica⁶.

⁵ Risoluzione 19 febbraio 2009 (2008/2250(INI)), *Économie sociale*, in www.europarl.europa.eu.

⁶ Si fa riferimento ad alcune 'derive' della giurisprudenza di primo grado, che si è avuto già modo di sottoporre a lettura critica nel nostro *Beni relazionali. L'apporto dei fatti di sentimento all'organizzazione dei servizi sociali*, Milano, 2010, 144. Secondo certa giurisprudenza (T.A.R. Liguria, sez. II, 28 aprile 2005, n. 527, in *Foro amm. - T.A.R.*, 2005, 1022; T.A.R. Sardegna, Sez. I, 2 agosto 2005, n. 1729, *ibidem* 2005, 2618; T.A.R. Puglia, Bari, Sez. I, 12 aprile 2006, n. 1318, *ivi* 2006, 1444), la distinzione tra servizi di rilevanza economica e servizi privi di tale rilevanza va riferita all'impatto che l'attività può avere sull'assetto della concorrenza ed ai suoi caratteri di redditività; in modo da ritenere di rilevanza economica il servizio che si innesta in un settore per il quale esiste, quantomeno in potenza, una redditività, e quindi una competizione sul mercato; e ciò ancorché siano previste forme di finanziamento pubblico, più o meno ampie, dell'attività in questione. Dovrebbe, invece, considerarsi privo di rilevanza economica il servizio che, per sua natura o per i vincoli ai quali è sottoposta la relativa gestione, non dà luogo ad alcuna competizione e quindi appare irrilevante ai fini della concorrenza. In altri termini, laddove il settore di attività è economicamente competitivo e la libertà di iniziativa economica appaia in grado di conseguire anche gli obiettivi di interesse pubblico sottesi alla disciplina del settore, al servizio dovrà riconoscersi rilevanza economica, ai sensi dell'art. 113 del D. lgs. n. 267 del 2000, mentre, in via residuale, il servizio potrà qualificarsi come privo di rilevanza economica laddove non sia possibile riscontrare i caratteri che connotano l'altra categoria. Facendo applicazione dei concetti ora riferiti, tale giurisprudenza conclude nel senso che, per esempio, un Comune non può affidare in via diretta ad una società a responsabilità limitata, a capitale interamente pubblico, i servizi pubblici concernenti la gestione della comunità alloggio per minori, del centro educativo diurno per minori e della mensa sociale, di assistenza domiciliare in favore di persone anziane e/o svantaggiate, di consegna di pasti caldi a domicilio, di lavanderia e stireria, così come la gestione del centro di aggregazione per anziani, i quali possiedono sicuramente rilevanza economica, perché si tratta di attività suscettibili, in astratto, di essere gestite in forma remunerativa e per le quali esiste certamente un mercato concorrenziale. Vero è che, in base al succitato art. 113, comma 5, lett. c), ed ora in base all'art. 23 bis, comma 3, del D.l. n. 112 del 2008, convertito in L. n. 133 del 2008, anche la gestione dei servizi di rilevanza economica può essere affidata senza gara «a società a capitale interamente pubblico», ma ciò – come si è già ricordato - «a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano» (c.d. affidamento *in house providing*). Le sentenze sopra richiamate giungono ad affermare, in un primo momento, che un'attività configurabile come servizio pubblico locale, se ha un mercato nel quale sussiste confronto concorrenziale tra più operatori, dimostra senza dubbio la sua «rilevanza economica», dovendo pertanto essere assoggettata alla disciplina specifica sui profili concorrenziali per i servizi annoverabili nella categoria indicata dall'art. 113 del D. lgs. n. 267 del 2000. Tali sentenze sembrano, tuttavia, pervenire ad un'ulteriore conclusione: trovando

Al riguardo, è opportuno soffermarsi sui fattori di inefficienza individuati dalla dottrina economica che, nei settori di *welfare*, determinano fenomeni di *market failure* ⁷.

Dall'analisi delle cause del *contract failure*, si può dedurre che gli utenti ricorrono di preferenza ad organizzazioni *non profit* sulla base di una pregiudiziale fiducia determinata dalla idealità dello scopo e dal vincolo di non distribuzione degli utili. Tale aspetto è stato oggetto di indagine e di teorizzazioni economiche dalle quali è emersa la tesi del c.d. *vantaggio comparato* delle organizzazioni *non profit* nella fornitura dei servizi di *welfare* ⁸. Risulterebbe così acclarato che per i servizi a più alto impiego di lavoro rispetto al capitale, tali organizzazioni appaiono in grado, meglio delle organizzazioni *profit*, di avvalersi di lavoro volontario, qualificato professionalmente, a costi inferiori e di limitare i comportamenti c.d. opportunistici.

In tale prospettiva, il nuovo indirizzo della Commissione europea assume una specifica rilevanza al tempo stesso in cui suscita svariati interrogativi ⁹. Quali sono gli effetti, in termini di maggiori costi per le pubbliche amministrazioni, ma anche di modifica del gioco concorrenziale tra le imprese, determinati da una nuova politica di appalti «socialmente responsabili»? Quali sono i vantaggi relazionali che

applicazione, per i servizi pubblici locali con rilevanza economica, l'art.113 del T.U.E.L., dovrebbe necessariamente ricorrersi ai modelli gestionali di affidamento stabiliti dalla stessa norma. Ne conseguirebbero, perciò, implicazioni rilevanti, una delle quali è l'ambiguo corollario che all'affidamento «in deroga» dei servizi pubblici locali di rilevanza economica potrebbe oggi farsi ricorso in presenza delle condizioni indicate dall'art. 23 *bis*, ossia di quelle 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. Si dovrebbe, pertanto, concludere che la norma legittima l'accesso al sistema dell' *in house providing* in caso di assenza o fallimento del mercato, al cui ambito è stata ascritta, da parte della Corte costituzionale, la configurabilità dei servizi privi di rilevanza economica. Per i servizi socio-assistenziali e socio-educativi, ricondotti alle strategie di organizzazione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica, non potrebbero essere adottate soluzioni di gestione consolidate in passato, quali l'affidamento ad istituzioni o ad aziende speciali. Tantomeno risulterebbero possibili gli affidamenti ad aziende pubbliche di servizi alla persona (forse più specializzate rispetto ad una società a partecipazione pubblica onnicomprensiva dei più disparati servizi comunali, come la GE.SE.CO.) o gli affidamenti dei medesimi servizi a fondazioni derivanti dalla trasformazione delle *ex-IPAB* in base al D. lgs. n. 207 del 2001. Ancora, la stessa legislazione regionale rischierebbe di essere frustrata nell'eventuale previsione di *gestioni sperimentali* in materia assistenziale, qualora le stesse registrassero connotati economici. Ciò è reso evidente dalla circostanza che l'art. 113, comma 5, del T.U.E.L. prevede per i servizi con rilevanza economica solo tre moduli tipici, oggi riconducibili ai due *genera*, ordinario e in deroga, diversi da quelli eventualmente introdotti a livello regionale.

⁷ Per le considerazioni seguenti, v. RAMPULLA F.C. –TRONCONI L.P., *L'avvio della legislazione regionale di trasformazione delle Ipab*, in *San. pubbl. e priv.*, 2003, 874.

⁸ Il lavoro più significativo di HANSMANN H.B., *The Role of non profit enterprise*, Yale Law Journal, 1980, 89 si può ora consultare in ROSE-ACKERMANN S. (ed.), *The Economics of nonprofit institutions. Studies in structures and policy*, New York, 1986. Più recentemente, il tema ha trovato trattazione in FIORENTINI G., *Il contributo della teoria economica ai processi di privatizzazione nei servizi sociali*, Roma, 1996, 71 ss., ed in PONZANELLI G., *Le non profit Organisations*, Milano, 1995, 39; ma si v. pure MUSSELLA M., *Organizzazioni non profit tra fallimento dello Stato e del mercato*, Milano, 1990.

⁹ Si ripropongono nel testo gli interrogativi posti con riferimento al bene ambiente da LUGARESI N., *Ambiente, mercato, analisi economica, discrezionalità*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA PROFESSORI DI DIRITTO AMMINISTRATIVO, *Annuario 2006*, Milano, 2007, 251.

razionalmente si possono conseguire nel medio e lungo termine? ¹⁰ Quale è l'impatto sul mercato, sulle imprese, sulle scelte di politica economica? Fino a che punto la politica favorevole alla produzione di beni relazionali può condizionare la politica degli appalti, senza snaturarla? ¹¹ Fino a che punto i tradizionali procedimenti ad evidenza pubblica sono idonei a tenere in conto valutazioni di carattere sociale?

Al di là di queste problematiche di ordine generale, nelle valutazioni economiche specifiche, inserite nel procedimento concreto di aggiudicazione degli appalti, e funzionali rispetto alla scelta del contraente della pubblica amministrazione, sono implicati gli aspetti più rilevanti. La domanda di fondo è: in quale misura le scelte sociali possono intervenire a modificare il quadro economico del singolo appalto?

La Comunità europea, a partire dal *White Paper on services of general interest* – che prefigura un «approccio sistematico al fine di individuare e riconoscere le caratteristiche specifiche dei servizi sociali e sanitari di interesse generale e per chiarire il quadro in cui gli stessi operino e possano essere modernizzati, come ribadito nella Agenda sociale e nel programma comunitario di Lisbona» ¹² -, aveva da tempo avviato una autonoma politica comunitaria sociale, riconoscendo il ruolo del mercato nel perseguimento di obiettivi di protezione e promozione sociale, con la graduale introduzione di strumenti innovativi, al di là delle tradizionali misure di *command and control* ¹³.

¹⁰ GUI B., *Più che scambi, incontri. La teoria economica alle prese con i fenomeni interpersonali*, in SACCO P.L. – ZAMAGNI S. (a cura di), *Complessità relazionale e comportamento economico*, Bologna, 2002, 15 ss., scrive: «La proposta [dell'A.] si basa sull'idea che ogni interazione economica possa essere vista come un particolare processo produttivo, che, seguendo M. Casson, chiamerò incontro, e in cui si generano congiuntamente varie categorie di output: oltre all'effettuazione di scambi anche peculiari output intangibili di natura prettamente relazionale, consumati contestualmente o oggetto di accumulazione. Si tratta di un bene pubblico locale, suggerisce Carole Uhlaner, avendo in mente un output intangibile non molto diverso: il senso di appartenenza e di coinvolgimento corale in un'iniziativa dotata di senso, goduto dai partecipanti ad un gruppo di impegno politico. Il bene, infatti, è consumato in modo non rivale dai membri del gruppo. La considerazione di questi beni è ormai giustificabile a seguito dell'importanza assunta da questi aspetti in un'economia sempre più immateriale in cui pesa sempre meno il rapporto uomo-cose e sempre di più il rapporto uomo-uomo. Per beni relazionali si intendono assets immateriali specifici alla relazione e da essa inscindibili, capaci di rendere più 'produttivi' i futuri 'incontri' tra quei soggetti e entità di natura comunicativo-affettiva 'consumate' nel corso dell'interazione stessa».

¹¹ Per un primo approccio giuridico allo studio dei beni relazionali si consenta il rinvio a BERLINGÒ V., *Beni relazionali. L'apporto dei fatti di sentimento all'organizzazione dei servizi sociali*, cit., in cui si è inteso dimostrare come ad una tale ricostruzione possa giovare, ed offrire un congruo sostegno, una più matura configurazione delle manifestazioni della sfera affettiva, quale quella elaborata dalla teoria generale del diritto nelle sue più avvertite ed aggiornate espressioni. Il riferimento è a FALZEA A., *Fatto di sentimento*, in *Voci di teoria generale del diritto*, Milano, 1985, 541 ss. Per un primo, ma penetrante, sondaggio delle connessioni fra la realtà (immateriale) soggettiva della psiche umana e quella (materiale) oggettiva del comportamento esterno dei soggetti di diritto, si v. pure PUGLIATTI S., *Animus*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, 437-460.

¹² Il riferimento è, rispettivamente, ai seguenti documenti: COM(2004)374 def. del 12 maggio 2004; COM(2005)33 def. del 9 febbraio 2005; SEC(2005)981 def. del 20 luglio 2005; tutti in www.europa.eu

¹³ In tal senso, v. NAPOLITANO G., *I beni pubblici e le 'tragedie dell'interesse comune'*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA PROFESSORI DI DIRITTO AMMINISTRATIVO, op. cit., 137-138, il quale afferma che «talvolta il benessere sociale è accresciuto dall'uso simultaneo o comunque diffuso di beni

Ora, gli elementi genericamente indicati nei già richiamati provvedimenti della Commissione europea possono considerarsi, nel contesto dell'analisi economica, come funzionali all'utilizzo del mercato, alla competizione tra le imprese, alle strategie di *marketing*, anche al fine di elevare gradualmente il livello di protezione sociale.

Con il Codice dei contratti pubblici, ed in particolare con la disposizione in esame, il legislatore ha affrontato analiticamente le problematiche relative all'inserimento di considerazioni sociali nel quadro dei parametri di riferimento per gli appalti pubblici¹⁴.

Finiscono, così, per intersecarsi due settori, e due indirizzi di politica comunitaria, profondamente diversi, sia per il profilo degli interessi pubblici primari sottesi, sia per il profilo degli strumenti giuridici utilizzati: da un lato, il settore degli appalti pubblici, fortemente orientato alla promozione della concorrenza, alla incentivazione della trasparenza e alla riduzione delle distorsioni, spesso patologiche, del mercato; dall'altro, il settore sociale, caratterizzato da una graduale estensione del suo ambito di operatività, in virtù del suo carattere trasversale.

Al crocevia tra i due settori si colloca il tentativo della Commissione europea di delineare principi, ragioni giustificative, aspetti procedurali e limiti dell'inserimento di considerazioni sociali nelle procedure degli appalti pubblici, sul presupposto che le finalità sociali possano essere perseguite mediante una contaminazione, almeno parziale, delle leggi di mercato.

La Commissione è consapevole che «se le autorità pubbliche decidono di affidare la missione ad un partner esterno o ad un partenariato pubblico-privato, il diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni può entrare in gioco».

La Commissione conclude osservando che «quando è accertata la compatibilità delle modalità di gestione di una *mission* di interesse generale con le regole di accesso al mercato, queste caratteristiche specifiche sono da prendere in considerazione».

Le considerazioni complessive della Commissione in ordine alla *specificità* degli enti del terzo settore trovano, infine, riscontro nel monito rivolto ai singoli Stati membri.

Nei richiamati testi della Commissione si legge, infatti, che «le norme comunitarie incoraggiano le autorità pubbliche a chiarire la corrispondenza fra gli oneri e gli obblighi connessi con la missione e le restrizioni all'accesso al mercato che ritengono necessarie per consentire a queste organizzazioni di operare adeguatamente, al di là della definizione delle missioni di interesse generale attribuite ad una organizzazione sociale».

La rilevanza assegnata, per tal via, alla *mission* degli enti del terzo settore spinge già da ora ad accordare uno specifico valore alla questione relativa al

e luoghi che consentono il rafforzamento di 'valori comunitari'. L'esperienza storica, d'altra parte, dimostra che il corretto uso di tali beni può essere assicurato da regole morali o consuetudinarie, anche senza l'intervento dello Stato quale proprietario del bene (..) [che] costituisce in sé un *public good*, non rivale e non escludibile nel consumo; al contrario, l'aumento dei 'produttori' e dei 'consumatori' accresce il benessere sociale».

¹⁴ Si v. MESSINA G., *Le nuove direttive comunitarie in materia di appalti pubblici*, in *Dir. comm. intern.*, 2005, 97.

coordinamento della peculiare disciplina degli “appalti riservati” con la previsione dei requisiti generali di partecipazione (afferenti sia all’“affidabilità morale” delle imprese sia alla capacità tecnica ed economica delle stesse) richiamati nel Codice.

L’espresso rinvio, contenuto nel menzionato art. 52, al «rispetto della vigente normativa» implicherebbe, come è dato ricavare dal ricordato art. 2, comma 2, del Codice, che il perseguimento delle finalità sociali è subordinato soltanto al principio di economicità delle pubbliche gare e non anche, evidentemente, ai principi posti a presidio della garanzia tanto dell’affidabilità morale e professionale dell’operatore economico, quanto della qualità delle prestazioni.

Invero le argomentazioni finora svolte spingono a ritenere che i soggetti che concorrono ad una procedura “riservata” debbano, proprio in virtù dei loro tratti idoneativi, essere in possesso sia dei requisiti di ordine generale (stabiliti tassativamente dall’art. 38 del Codice) sia di quelli di carattere speciale (indicati negli artt. 39 ss.), così come puntualmente prescritti nei bandi di gara in ragione della tipologia e delle dimensioni dell’appalto.

3. *La partecipazione degli organismi del terzo settore alle procedure di evidenza pubblica alla luce del dibattito giurisprudenziale prima e dopo l’entrata in vigore dell’ art. 34 del Codice.*

La posizione di sostanziale estraneità dal comparto degli appalti pubblici attribuita per lungo tempo alle entità del terzo settore induce a far precedere l’analisi dell’art. 52 da una esposizione del dibattito avente riguardo alle caratteristiche soggettive richieste per la partecipazione alle procedure di evidenza pubblica¹⁵.

L’argomento più volte utilizzato per impedire la presenza degli enti *non profit* in tali procedure concerne la posizione di vantaggio che gli stessi godono rispetto agli attori *profit* in forza del loro *status* di enti senza scopo di lucro e delle agevolazioni, fiscali e no, ad esso connesse: con la loro partecipazione si prefigurerebbe un contrasto con l’art. 107 del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea (T.F.U.E.).

Non manca, di contro, chi osserva che quando «una realtà del terzo settore vende beni o servizi alla pubblica amministrazione, non vende solo i beni o i servizi che costituiscono l’oggetto formale del contratto, ma anche il servizio (solitamente) di inserimento lavorativo di persone svantaggiate, che non viene evidenziato né formalmente, né con uno specifico corrispettivo. Si delinea così una disparità di trattamento rispetto alle altre imprese, che in linea di principio sono in grado di offrire prezzi più bassi di quelli praticabili dalle cooperative di tipo B, per le quali l’onere di inserire lavoratori svantaggiati non può che ripercuotersi sui costi di produzione»¹⁶.

Un esempio emblematico della problematica ora esposta è offerto dalle organizzazioni di volontariato. La giurisprudenza amministrativa segue da tempo

¹⁵ CUONZO A. – BERNARDO N., *Onlus e appalti: un connubio di difficile interpretazione*, in *Enti non profit*, 2010, fasc. 5, 8 ss.

¹⁶ BARTOLI G., *L’introduzione delle clausole sociali negli appalti riservati*, in *www.amministrazioneincammino.luiss.it*.

una linea interpretativa abbastanza uniforme, volta ad escluderle dalla partecipazione a gare di evidenza pubblica al fine di evitare una distorsione della concorrenza poiché la loro natura giuridica impedirebbe un confronto comparativo con offerte formulate secondo logiche di mercato, comportando la violazione del principio della *par condicio* fra i partecipanti alla pubblica selezione. La modalità mediante la quale tipicamente la pubblica amministrazione può conferire servizi pubblici ad organizzazioni di volontariato sarebbe (solo) quella della convenzione.

Le organizzazioni di volontariato non possono, invero, presentare offerte indicanti un corrispettivo per i servizi da espletare, posto che le risorse economiche di cui legittimamente beneficiano sono limitate ai rimborsi delle spese sostenute. In conseguenza di ciò, l'orientamento giurisprudenziale in rassegna non ritiene possibile che un invito a partecipare a pubbliche gare possa essere rivolto in modo indifferenziato sia ad organizzazioni di volontariato sia ad imprese operanti sul mercato.

Il medesimo orientamento giurisprudenziale ritiene che il volontariato possa solo svolgere una funzione di supporto e di rinforzo ad una organizzazione di tipo professionale; con la conseguenza che, qualora la pubblica amministrazione voglia appaltare servizi socio-sanitari, essa è tenuta ad esperire una pubblica gara solo tra ditte professionalmente attrezzate per la prestazione richiesta, salva la possibilità di integrare le prestazioni offerte da tali strutture professionali mediante convenzioni con le organizzazioni di volontariato di maggiore affidabilità.

La conseguenza, già anticipata, è quella dell'illegittimità della «partecipazione a gare di appalto delle organizzazioni di volontariato», mentre «la posizione di favore ad esse riservata dall'ordinamento ai fini della partecipazione ai servizi socio-sanitari [può] trovare attuazione in apposite convenzioni con gli enti pubblici»¹⁷.

Non mancano, invero, alcune sentenze di segno opposto che ritengono non sussistere alcun divieto esplicito di partecipazione per le organizzazioni di volontariato a gare pubbliche¹⁸. Dovendosi annoverare fra le loro risorse economiche anche le entrate derivanti da “attività commerciali e produttive marginali”, come previsto dalla l. n. 266 del 1991, all'art. 5, comma 1, lett. g), ciò consentirebbe il riconoscimento della loro capacità di svolgere attività commerciali e produttive e, dunque, anche di partecipare a gare di appalto, quanto meno nei settori di specifica competenza¹⁹.

¹⁷ Cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 14 marzo 2003, n. 459, in *Foro amm. - T.A.R.*, 2003, 841; con riguardo alla precedente e conforme giurisprudenza dello stesso T.A.R., si v. MAZZONETTO F., *Riflessioni sulla possibilità per le associazioni di volontariato di partecipare ad una pubblica gara e sulla responsabilità della pubblica amministrazione nella fase procedimentale prodromica all'approvazione di un atto amministrativo e alla stipulazione di un contratto*, in *Contr.Stato enti pubbl.*, 2000, 208-224.

¹⁸ Per una rassegna puntuale della giurisprudenza in materia v. FERRI P. – D'AMORE R., *Per il volontariato ancora dubbi sui limiti di ammissibilità delle attività commerciali*, in *Enti non profit*, 2010, fasc. 7, 38 ss.

¹⁹ Così Cons. St., Sez. V, 26 agosto 2010, n. 5696 in *Urb. e app.*, 2011, 335 ss., con commento di CERBO P., *Appalti pubblici e associazioni di volontariato: la concorrenza tra soggetti “disomogenei”*. Già secondo Sez. VI, 30 giugno 2009, n. 4236, in *www.giustizia-amministrativa.it*, «le convenzioni fra pubblica amministrazione e organizzazione di volontariato sono uno dei possibili strumenti con cui queste ultime operano, ma non quello esclusivo. La normativa delle organizzazioni di volontariato, nell'indicare le risorse economiche di cui godono, menziona anche le entrate derivanti da “attività

Per avere, poi, una chiara comprensione dei più recenti sviluppi assunti dalla questione della partecipazione a pubbliche gare degli enti del terzo settore in generale, si possono tenere in considerazione le argomentazioni utilizzate da una sentenza del TAR Lombardia, sia pur con specifico riferimento alla materia dei servizi pubblici locali²⁰.

Di fatto, l'art. 113 del T.U.E.L., facendo seguire - in forza di un'interpretazione avallata dalla Corte costituzionale - alla qualifica di servizi a rilevanza economica una specificazione soggettiva espressamente riferita agli enti *for profit*, introduce una equivalenza speculare rispetto a quella, per i servizi a rilevanza non economica, sugli enti *non profit*²¹. La pronuncia del TAR Lombardia procede, nel suo argomentare, secondo un diverso indirizzo, richiamando sul punto una sentenza della Corte di Giustizia della Comunità europea, con cui veniva dichiarata in contrasto con la normativa comunitaria, e precisamente con l'art. 26, n. 2 della direttiva 92/50, il disposto dell'art. 113, comma 5, lett. a) del D. lgs. n. 267 del 2000, in virtù del quale il legislatore italiano aveva previsto di dover ammettere alle procedure di gara per l'affidamento di servizi pubblici locali solo le società per azioni.

In particolare, la decisione ora riferita afferma l'illegittimità dell'esclusione dei concorrenti capaci di prestare un determinato servizio «soltanto per il fatto che, a norma delle disposizioni vigenti nello Stato membro nel quale è aggiudicato l'appalto, essi avrebbero dovuto essere o persone fisiche o persone giuridiche»²².

All'esame del giudice amministrativo lombardo era stato sottoposto il caso dell'esclusione dalla partecipazione ad una gara di una cooperativa sociale per la gestione di rifiuti urbani, in forza di una disposizione regionale direttamente ispirata all'art. 113, comma 5, del D. lgs. n. 267 del 2000. Il giudice amministrativo conclude nel senso che l'esclusione da una gara d'appalto di un soggetto che sia cooperativa sociale e Onlus senza fine di lucro non ha alcun fondamento testuale, dato che la normativa nazionale non ha mai richiesto tra i requisiti di partecipazione alle procedure concorsuali la qualità di impresa commerciale né il fine di lucro²³.

commerciali e produttive marginali”, con ciò riconoscendo la loro capacità di svolgere attività commerciali e produttive e, dunque, anche di partecipare a gare di appalto quanto meno nei settori di specifica competenza. Poiché la norma fa riferimento ad attività imprenditoriali “marginali”, per escludere una organizzazione di volontariato da una gara di appalto vanno forniti elementi di fatto atti ad escludere la sussistenza del carattere di marginalità».

²⁰ Cfr. TAR Lombardia, Brescia sez. I, 27 ottobre 2008, n. 1440, in *Foro amm. - T.A.R.*, 2008, 2694.

²¹ Il richiamo operato nel testo è a Corte cost., 27 luglio 2004, n. 272, in *Foro amm. - C.d.S.*, 2004, 1971

²² Sez. IV, 18 dicembre 2007 in causa C-357/06, in www.lexitalia.it. Sulla illegittimità dell'esclusione da una gara d'appalto di un soggetto che sia cooperativa sociale e Onlus senza fine di lucro, atteso che la normativa nazionale non ha mai richiesto tra i requisiti di partecipazione alle procedure concorsuali la qualità di impresa commerciale né il fine di lucro, si v. pure Cons. St., Sez. V, 8 luglio 2002 n. 3790, *ibidem*. Nella giurisprudenza in rassegna si ricorda peraltro come l'art. 34, comma 1, lett. a) del Codice, emanato in attuazione della citata direttiva comunitaria, stabilisca ormai che «Sono ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici i seguenti soggetti, salvo i limiti espressamente indicati: [...] gli imprenditori individuali, anche artigiani, le società commerciali, le società cooperative». Sul punto, v. anche Sez. II, 13 novembre 2002, n. 1899, *ibidem* (Sulla partecipazione alla gara di soggetti non aventi la caratteristica di imprese o società con scopo di lucro), T.A.R. Lazio - Roma, Sez. III *quater*, 18 luglio 2006, n. 5993, *ibidem*.

²³ Si v. anche Cons. St., Sez. V, 8 luglio 2002 n. 3790, in www.lexitalia.it.

D'altro canto, l'introduzione di norme di favore nei confronti di tali soggetti non dà luogo ad alcuna diminuzione della loro capacità giuridica con riferimento alla partecipazione alle gare anche in virtù dell'art. 1, comma 8, della direttiva 18/2004, recepito integralmente sul punto dall'art. 3, comma 19, del Codice secondo il quale la locuzione «prestatore di servizi» designa «una persona fisica o giuridica [...] che offra sul mercato, rispettivamente, la realizzazione di [...] servizi»²⁴.

La direttiva europea pone come condizione preliminare essenziale per poter contrattare con le stazioni appaltanti l'essere già presente sul mercato, senza alcuna limitazione riferita alla configurazione giuridica dei soggetti²⁵.

Inoltre, il principio della parità di trattamento non è violato per il solo motivo che le amministrazioni ammettono la partecipazione ad un procedimento di aggiudicazione di un appalto pubblico di organismi beneficiari di sovvenzioni, che consentono loro di presentare offerte a prezzi notevolmente inferiori a quelli degli altri concorrenti: infatti, se il legislatore comunitario avesse avuto l'intenzione di obbligare le stazioni appaltanti ad escludere tali offerenti, l'avrebbe espressamente disposto²⁶.

Le risultanze della ricostruzione appena compiuta alla luce della giurisprudenza amministrativa e comunitaria sembrano porsi in linea con quanto fatto discendere da una interpretazione estensiva dell'art. 34, comma 1, lett. a) del Codice, secondo cui «sono ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici i seguenti soggetti, salvo i limiti espressamente indicati: [...] gli imprenditori individuali, anche artigiani, le società commerciali, le società cooperative».

L'anzidetta disposizione non reca alcun riferimento espresso ai soggetti del comparto *non profit* o almeno a quelli di maggior caratterizzazione sociale, fatta eccezione per cooperative e consorzi²⁷; da qui il problema di stabilire, innanzitutto, se l'elencazione soggettiva ivi contenuta abbia carattere tassativo.

²⁴ Cfr. T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 22 febbraio 2007 n. 1559, in *www.lexitalia.it*.

²⁵ Corte giust. CE, sez. V, 18 giugno 1998, n. 35, in *Riv. amm. R. It.*, 1998, 557; Trib. I grado CE, 4 marzo 2003, n. 319, in *www.lexitalia.it*.

²⁶ Corte giust. CE, sez. VI, 7 dicembre 2000 in causa C-94/99, in *www.lexitalia.it*.

²⁷ Art. 34 D. Lgs. n. 163/2006 (“*Soggetti a cui possono essere affidati i contratti pubblici*”): « 1. Sono ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici i seguenti soggetti, salvo i limiti espressamente indicati: a) gli imprenditori individuali, anche artigiani, le società commerciali, le società cooperative; b) i consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro costituiti a norma della legge 25 giugno 1909, n. 422, e del decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato 14 dicembre 1947, n. 1577, e successive modificazioni, e i consorzi tra imprese artigiane di cui alla legge 8 agosto 1985, n. 443; [*lettera integrata dall'articolo 2, comma 1, lettera g), D. lgs. 31 luglio 2007, n. 113*] [In vigore dal 1° agosto 2007] c) i consorzi stabili, costituiti anche in forma di società consortili ai sensi dell'articolo 2615-ter del codice civile, tra imprenditori individuali, anche artigiani, società commerciali, società cooperative di produzione e lavoro, secondo le disposizioni di cui all'articolo 36; d) i raggruppamenti temporanei di concorrenti, costituiti dai soggetti di cui alle lettere a), b) e c), i quali, prima della presentazione dell'offerta, abbiano conferito mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di essi, qualificato mandatario, il quale esprime l'offerta in nome e per conto proprio e dei mandanti; si applicano al riguardo le disposizioni dell'articolo 37; e) i consorzi ordinari di concorrenti di cui all'articolo 2602 del codice civile, costituiti tra i soggetti di cui alle lettere a), b) e c) del presente comma, anche in forma di società ai sensi dell'articolo 2615-ter del codice civile; si applicano al riguardo le disposizioni dell'articolo 37; f) i soggetti che abbiano stipulato il contratto di gruppo europeo di interesse economico (GEIE) ai sensi del decreto

Il Consiglio di Stato si è espresso in favore della legittimità della partecipazione alle procedure di evidenza pubblica da parte di enti senza scopo di lucro in generale e delle Onlus in particolare, sostenendo la non tassatività dell'art. 34 in forza di una interpretazione sistematica del Codice e, nello specifico, dell'esame dell'art. 3, comma 19. Secondo tale decisione, “non vi è ragione di escludere che anche soggetti economici senza scopo di lucro, quali le fondazioni, possano soddisfare i necessari requisiti ed essere qualificati come imprenditori, fornitori o prestatori di servizi, attese la personalità giuridica che le fondazioni vantano e la loro capacità di esercitare anche attività di impresa, qualora funzionali ai loro scopi e sempre che quest'ultima possibilità trovi riscontro nella disciplina statutaria del singolo soggetto giuridico”²⁸.

Ancora a favore di un'interpretazione estensiva dell'art. 34 si è pronunciata l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, affermando che anche un'impresa sociale può legittimamente partecipare alla gara indetta per l'espletamento di un servizio di utilità sociale: nella nozione di impresa legittimata alla gara deve ritenersi compresa qualsiasi entità che eserciti un'attività economica, a prescindere dallo status giuridico della stessa e dalle eventuali modalità di finanziamento²⁹.

L'organo di vigilanza ha anche specificato che «resta ferma la necessità di effettuare, caso per caso, un esame approfondito dello statuto di tali persone giuridiche al fine di valutare gli scopi istituzionali per cui sono state costituite. In sostanza, la stazione appaltante deve verificare se gli enti partecipanti alla gara possano statutariamente svolgere attività di impresa offrendo la fornitura di beni o la prestazione di servizi sul mercato, pur senza rivestire la forma societaria [...] anche se non ricompresi nell'elenco di cui all'articolo 34 del Codice, qualora i soggetti giuridici in questione annoverino, tra le attività statutariamente ammesse, quella di svolgere compiti aventi rilevanza economica possono, limitatamente al settore di pertinenza, - e se in possesso dei requisiti richiesti dal singolo bando di gara - partecipare a procedure di evidenza pubblica per l'affidamento di contratti aventi ad oggetto servizi compatibili con le rispettive attività istituzionali»³⁰.

Proprio con riferimento all'impresa sociale, ultima - in ordine di tempo - fattispecie soggettiva, annoverabile tra gli enti del terzo settore, riconosciuti dal nostro ordinamento, il Consiglio di Stato ha affermato che il D. lgs. 24 marzo 2006, n. 155, recante “Disciplina dell'impresa sociale, a norma della legge 13 giugno 2005, n. 118”, ha dato pratica attuazione alla nozione di impresa sociale, attribuendo alla

legislativo 23 luglio 1991, n. 240; si applicano al riguardo le disposizioni dell'articolo 37; f-bis) operatori economici, ai sensi dell'articolo 3, comma 22, stabiliti in altri Stati membri, costituiti conformemente alla legislazione vigente nei rispettivi Paesi. [lettera inserita dall'articolo 1, comma 1, lettera g), D. lgs. 11 settembre 2008, n. 152] [In vigore dal 17 ottobre 2008] 2. Non possono partecipare alla medesima gara concorrenti che si trovino fra di loro in una delle situazioni di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile. Le stazioni appaltanti escludono altresì dalla gara i concorrenti per i quali accertano che le relative offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale, sulla base di univoci elementi».

²⁸ Sez VI, 16 giugno 2009, n. 3897 in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 151, con nota di MENTO S., *La partecipazione delle Fondazioni alle procedure per l'affidamento di contratti pubblici*.

²⁹ Par. 22 ottobre 2009, n. 119, in *www.avcp.it*.

³⁰ Determ. 21 ottobre 2010 n. 7, in *www.avcp.it*.

stessa la legittimazione a esercitare in via stabile e principale un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o servizi di utilità sociale, diretta a realizzare finalità di interesse generale e con particolari requisiti (indicati negli articoli 2, 3 e 4 del medesimo decreto legislativo)³¹. «La capacità all'esercizio di attività economica organizzata nei settori dell'utilità sociale consente così di fornire - afferma la pronunzia - contenuti concreti a un concetto giuridico indeterminato (quello dell'utilità sociale per l'appunto) in ragione della peculiare evoluzione delle istituzioni sociali nell'attuale periodo storico»³².

Da ultimo, la Corte di giustizia ha affermato la possibilità per enti *non profit* e senza connotazione di impresa (come le università e gli istituti di ricerca) di prendere parte a gare, censurando l'interpretazione restrittiva dell'art. 34 del Codice, che ne limiterebbe il riferimento ai soli soggetti aventi natura imprenditoriale³³.

Sulla partecipazione degli enti del terzo settore alle procedure ad evidenza pubblica, va, infine, segnalato un ulteriore profilo strettamente connesso all'inquadramento di tali figure.

Secondo recente giurisprudenza, le Onlus possono essere ammesse alle gare pubbliche in quanto imprese sociali, cui il D. lgs. 24 marzo 2006, n. 155, come già accennato, ha riconosciuto la legittimazione ad esercitare in via stabile e principale un'attività economica organizzata per la produzione e lo scambio di beni o di servizi di utilità sociale, diretta a realizzare finalità d'interesse generale, anche se non lucrativa³⁴.

Per tal via, sembra porsi come requisito di ammissibilità, al fine di poter prendere parte alla pubblica gara, una duplice contestuale veste formale – quella di Onlus e quella di impresa sociale – con una inevitabile restrizione dell'accesso a queste procedure.

È stato sottolineato, al riguardo, che, nonostante il comune inquadramento nella medesima *ratio* legislativa, ossia la configurazione di soggetti esplicanti attività commerciali in ambito sociale, le differenze tra le due figure risultano notevoli. Sintetizzando: «le Onlus sono soggetti agevolati fiscalmente, mentre le imprese sociali non hanno alcuna agevolazione fiscale; le Onlus hanno limitazioni soggettive

³¹ Sez. V, 25 febbraio 2009, n. 1128, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2009, 466. Sull'argomento cfr. i commenti di FERRARI G. – TARANTINO L., *Carattere imprenditoriale di una Onlus*, in *Urb. e app.*, 2009, 74; MASSARI A., *L'indifferenza della forma giuridica del prestatore nella recente giurisprudenza comunitaria e la certezza del diritto degli appalti*, *ivi*, 2008, 2 ss.; SANTORO E., *Le organizzazioni di volontariato (Onlus) e la partecipazione alle gare per affidamento di prestazioni di servizi (nota a T.a.r. Molise, 24 settembre 2008, n. 715)*, in *Contr. Stato enti pubbl.*, 2009, 26 ss.

³² Sul punto, RANDAZZO R., *L'impresa sociale: un veicolo per la gestione della crisi d'impresa*, in *Enti non profit*, 2010, 36 ss. Si v. anche MINISTERO DEL LAVORO, DELLA SALUTE E DELLE POLITICHE SOCIALI, *La vita buona nella società attiva - Libro Bianco sul futuro del modello sociale*, Roma, 2009, ove si legge, tra l'altro, che «il Terzo settore è un soggetto flessibile e particolarmente adeguato a inserirsi nella nuova organizzazione dei servizi e del lavoro nell'era postindustriale, ma è soprattutto un patrimonio di esperienze e di partecipazione che non si può disperdere». Rilevanti, e in parte non ancora esplorate, sono dunque le potenzialità del Terzo settore nella rifondazione del nostro sistema sociale visto che già oggi associazioni, gruppi di volontariato, imprese sociali, fondazioni e corpi intermedi si caricano dei bisogni dei singoli e trovano soluzioni innovative a essi. Da ultimo, cfr. ZAMAGNI S., (a cura di), *Libro bianco sul Terzo settore*, Bologna, 2011.

³³ Sez. IV, 23 dicembre 2009, causa C-305/2008, in *Foro amm. - C.d.S.*, 2009, 2776.

³⁴ Cons. St., Sez. VI, 25 gennaio 2008 n. 185, in *Foro amm. - C.d.S.*, 2008, 137.

(ad esempio non possono essere soggetti societari fatta eccezione per le cooperative), mentre per le imprese sociali possono utilizzare tutte le forme giuridiche del libro V del Codice civile (fra cui le società di capitali); le imprese sociali sono sempre soggetti commerciali, in ragione della loro definizione di soggetti che esercitano in via stabile e principale un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o servizi, mentre le Onlus potrebbero anche non avere attività commerciali tra le loro attività istituzionali»³⁵.

Dovendosi riferire al D. lgs. n. 460 del 1997 la prima volontà legislativa di prevedere un soggetto che cede beni e presta servizi anche commerciali, ma per chiari ed espressi intenti di solidarietà sociale, un'interpretazione che imponga l'ulteriore qualifica civilistica di impresa sociale sembra doversi ritenere penalizzante per le Onlus.

4. *La clausola di salvaguardia di cui all'incipit dell'art. 52.*

Come si è avuto modo di notare, la partecipazione degli enti del terzo settore a pubbliche gare può considerarsi un dato acquisito, ma solo in forza della più recente normativa e giurisprudenza.

Invero, il coinvolgimento nel comparto della fornitura di beni e servizi pubblici era già stato espressamente previsto in capo ad una particolare categoria di tali enti, le cc.dd. cooperative sociali, dall'(ormai) risalente legge del 1991 n. 381, che lo stesso art. 52 del Codice non manca di richiamare e fare salva.

Tale specifico rinvio spinge a soffermarsi sulle disposizioni più significative della legge ora citata al fine non solo di rendere la più completa possibile l'analisi della recente disposizione codicistica, ma soprattutto allo scopo di una ricostruzione sistematica più ampia e di un tentativo di composizione dei conflitti interpretativi sorti a far data dal 2006.

Con l'art. 5 l. n. 381 del 1991, soprattutto nella sua formulazione originaria, si è inteso introdurre un canale privilegiato ed esclusivo perché anche le cooperative sociali potessero risultare affidatarie di contratti con enti pubblici in materia di forniture di beni e servizi.

La norma in parola, lungi dal determinare un arbitrario *favor*, riconosceva implicitamente il ruolo di ausilio pubblico prestato dalle cooperative sociali, in quanto idonee a favorire il superamento di una serie di problemi riguardanti persone svantaggiate, la cui soluzione determinava un alleggerimento del carico sociale che istituzionalmente gravava sugli enti pubblici.

Per altro, le cooperative sociali di cui è questione, diversamente dalle associazioni di volontariato, cui si è fatto cenno nel paragrafo precedente, sono in primo luogo - come tutte le cooperative - società commerciali, sia pure caratterizzate dal fatto di conferire un vantaggio ai propri soci, consistente nell'offerta di possibilità di lavoro a condizioni, giuridiche e/o economiche, migliori rispetto a quelle comunemente disponibili.

³⁵ Cfr. DE STEFANIS C., *Gare per l'affidamento di servizi aperte anche alle imprese sociali*, in *Enti non profit*, 2010, fasc. 4, 27 ss.

Oltre alle finalità mutualistiche a favore dei soci, invero, tale figura è caratterizzata da una finalità di forte rilevanza «pubblica», rappresentata dall'«interesse generale della comunità alla promozione umana ed all'integrazione sociale dei cittadini», che trova soddisfazione nelle opportunità di lavoro offerte alle cc.dd. fasce deboli.

Secondo quanto espressamente previsto dall'articolo 1 della legge n. 381 del 1991, le cooperative sociali perseguono i loro fini attraverso le seguenti attività:

a) gestione di servizi socio-sanitari ed educativi, quali, ad esempio: centri diurni di aggregazione per ragazzi e per anziani, centri rieducativi per malati psichici, case alloggio, case famiglia, centri di accoglienza notturna, centri di ascolto, ludoteche, trasporto di persone disabili, strutture di assistenza domiciliare, etc.;

b) svolgimento di attività diverse, nel settore commerciale, agricolo, industriale ed artigianale, finalizzato all'inserimento dei soggetti svantaggiati, rientranti in una delle categorie elencate nell'art. 4 della stessa legge.

Sulla base delle indicate attività, si distinguono, pertanto, le cooperative di tipo «a» e di tipo «b»: alla tipologia «a», appartengono le cooperative che svolgono attività di gestione di servizi socio-sanitari ed educativi; alla tipologia «b», le cooperative che svolgono attività diverse (agricole, commerciali, etc.)³⁶.

Da qui la previsione delle convenzioni di cui all'art. 5 l. n. 381 del 1991 anche al di fuori dei meccanismi dell'evidenza pubblica, quale corrispettivo ordinamentale per il ruolo sostanzialmente pubblico delle cooperative sociali.

In questa prospettiva deve leggersi la richiamata disposizione, che attribuisce agli enti pubblici la possibilità di stipulare, con le cooperative sociali di cui al punto b) dell'art. 1 (quelle che svolgono attività diverse dalla gestione dei servizi socio-sanitari ed educativi, ma sono finalizzate all'inserimento lavorativo di persone svantaggiate), convenzioni dirette per la fornitura di beni e servizi anche in deroga alla disciplina in materia di contratti pubblici e in particolare all'obbligo di espletamento di una gara.

Sulla scorta del dato legislativo nazionale sono, poi, intervenute le normative regionali, le quali, sul punto, hanno tutte riaffermato il ruolo indeclinabile della

³⁶ Da tale distinzione e dalle particolari agevolazioni previste per le cooperative di tipo «b», il Ministero del lavoro e della previdenza sociale aveva, in un primo momento, tratto la conclusione che le cooperative sociali non potessero operare in entrambi i campi («a» e «b»), ma soltanto in uno di essi. Con successiva circolare n. 153 dell'8 novembre 1992, il medesimo Ministero precisò che poteva ritenersi superata ogni preclusione in ordine alla costituzione di cooperative sociali ad oggetto plurimo, impegnate, cioè, in entrambe le indicate due tipologie generali di attività, atteso che numerosi progetti formulati dalle cooperative prevedevano proprio lo svolgimento coordinato di attività, di cui ai punti «a» e «b», anche in considerazione del fatto che diverse «aree di bisogno e di svantaggio» richiedono interventi funzionalmente collegati. Il Ministero ha, tuttavia, precisato che tale oggetto plurimo può sussistere ad una precisa condizione: la tipologia di svantaggio e/o le aree di intervento esplicitamente indicate nell'oggetto sociale devono essere tali da postulare attività coordinate per l'efficace raggiungimento delle finalità riconosciute alle cooperative sociali e l'organizzazione amministrativa di cooperative siffatte (ad oggetto plurimo) deve consentire la separazione delle gestioni relative alle attività, rispettivamente di tipo «a» e «b». Sul tema, cfr. ALESIO M., *Presupposti e caratteristiche degli "affidamenti sociali in deroga"*, in *I Comuni d'Italia*, 2009, 12.

cooperazione sociale e la necessità di porre la stessa al centro delle politiche operative con fini di solidarietà ³⁷.

Invero, anche la giurisprudenza amministrativa e comunitaria ha dato un notevole contributo a tale inquadramento. In particolare, alcune decisioni dei giudici nazionali hanno ritenuto perfettamente compatibili con il diritto interno le gare preordinate ad un convenzionamento diretto, riservate a soggetti *non profit* o, addirittura, solo ad un particolare settore del *non profit*.

Significativa di questa tendenza era stata in specie una decisione che, con riguardo alla fattispecie delle cooperative di tipo «a» di cui alla l. n. 381/1991, aveva avuto modo di sottolineare che la peculiare previsione normativa (art. 5 cit.) sulla possibilità per gli enti pubblici di stipulare convenzioni dirette con le cooperative di cui alla lett. b), non doveva essere letta come implicita esclusione della possibilità di indire gare riservate alle cooperative di tipo «a», ma più semplicemente e logicamente come esclusione dal beneficio del convenzionamento diretto (anche senza l'espletamento di una gara), concesso dal legislatore alle cooperative aventi come finalità quella di inserire nel mondo del lavoro persone svantaggiate ³⁸.

In buona sostanza, si era ritenuto che la gara riservata alle cooperative di tipo «a», seppur non espressamente prevista dalla legge, fosse non solo consentita dalla legge stessa, ma addirittura fortemente consigliata alle amministrazioni, in relazione alle specifiche attività che tali cooperative sono chiamate a svolgere, ai peculiari elementi caratterizzanti le stesse, e, in particolare, ai presumibili risparmi che le medesime amministrazioni possono ottenere per mezzo della riduzione dei costi che le cooperative realizzano grazie alla partecipazione dei soci volontari. Opinando diversamente si sarebbe in sostanza svilita la menzionata finalità fondamentale che la riportata normativa 'di favore' intende perseguire.

Sulla scorta di tale indirizzo una successiva sentenza aveva affermato che fine precipuo del legislatore nazionale è quello di agevolare, *non solo sul piano fiscale* (art. 7, l. n. 381 del 1991), *tutte* le cooperative sociali in considerazione dell'attività svolta dalle stesse ³⁹. Proprio per questo, al fine di promuovere e favorire l'attività delle cooperative - anche se solo di quelle considerate sotto la lett. b) - è consentito alle pubbliche amministrazioni di derogare, per la scelta del soggetto cui affidare i servizi pubblici, allo strumento della gara pubblica. A maggiore ragione, si deve ritenere possibile limitare la partecipazione a dette gare solo alle suddette cooperative, essendo riconosciuto in capo ad esse lo scopo tipico di perseguire l'interesse collettivo alla predisposizione di interventi di sostegno in favore dei soggetti più bisognosi.

Tale pronuncia assume un particolare rilievo in quanto in precedenza una decisione della Corte di giustizia europea, si era espressa in merito a una questione simile, relativa ad una legge regionale della Lombardia, con cui si prevedeva il ricorso al convenzionamento con tali cooperative per lo svolgimento di servizi socio-sanitari, affermando che gli artt. 52 e 58 del Trattato CE non ostavano a che uno Stato membro consentisse ai soli operatori privati, che non perseguano fini di lucro,

³⁷ Sul punto, v. MELE E., *Le convenzioni di cui all'art. 5, l. 8 novembre 1991 n. 381, dopo le recenti modifiche della l. comunitaria 1994*, in *Foro amm.* 1998, 597.

³⁸ T.A.R. Veneto, sez. I, 25 novembre 1997, n. 1661 in *Foro amm.* 1998, 1829.

³⁹ T.A.R. Basilicata, 29 novembre 2003, n. 1022, in www.diritodeiservizipubblici.it

di concorrere alla realizzazione del sistema di assistenza sociale, con la stipula di convenzioni che danno diritto al rimborso, da parte dello Stato, dei costi dei servizi⁴⁰. La Corte aveva inoltre ribadito che gli artt. 85 e 86 del Trattato, in combinato disposto con gli artt. 3, lett. g), 5 e 90 del medesimo, non si applicano ad una normativa nazionale che consenta ai soli operatori privati senza fini di lucro di partecipare alla realizzazione di un sistema, relativo ai servizi socio-assistenziali, basato sulla stipula di convenzioni che diano diritto al rimborso dei costi dei servizi medesimi.

Nel contesto della fattispecie esaminata, la sentenza rilevava che, in base al diritto comunitario, compete ad uno Stato membro organizzare il suo sistema interno di assistenza socio-assistenziale. Ciò implicava necessariamente che, per raggiungere i suoi obiettivi, l'ammissione di operatori privati in regime di convenzionamento potesse essere riservata ai soli soggetti *non profit*, ossia essere subordinata al solo rimborso dei costi sostenuti. Dovevano, altresì, essere esclusi eventuali profili d'incompatibilità della norma regionale in questione con il diritto comunitario, atteso che l'art. 3, comma 2, del D. lgs. 17 marzo 1995, n. 157 disponeva che, per gli appalti dei servizi contemplati dall'allegato 2 (al cui punto 25 sono espressamente menzionati i servizi sanitari e sociali) e per quelli in cui il valore correlato prevalessesse rispetto a quello dei servizi di cui all'allegato 1, il decreto stesso dovesse applicarsi limitatamente ai soli artt. 8, comma 3 (forme di pubblicità), 20 (prescrizioni tecniche) e 21 (deroghe in materia di prescrizioni tecniche).

Le succitate decisioni sono accomunate dalla sottolineatura con cui, sul versante soggettivo, si dà uno specifico rilievo, al fine dell'inquadramento nell'ambito del sistema socio-assistenziale, ad enti caratterizzati dall'assenza dello scopo di lucro e, sul piano oggettivo, ad una serie di prestazioni contrassegnate da una peculiare finalità solidale, ossia quella di assistere, prima di tutto, coloro che si trovano in stato di necessità e, solo secondariamente, altre persone che, tuttavia, sono tenute a sopportare i costi del servizio, proporzionalmente alla loro situazione economica, secondo tariffe stabilite in considerazione dei redditi familiari⁴¹.

A tale indirizzo si affiancano successivi interventi normativi e giurisprudenziali che oggi consentono di affermare come la scelta a favore di entità *non profit* nei singoli casi concreti, secondo quanto già anticipato, non debba essere giustificata sempre e soltanto sulla base della asserita natura non economica delle attività svolte da questi soggetti, quanto piuttosto in forza della peculiare (o, per certi versi, infungibile) *mission* da essi perseguita⁴².

Come già anticipato, a tale risultato si è potuti pervenire solo con il superamento più o meno dichiarato della metrica fredda della tutela della concorrenza quale criterio discretivo delle attività economiche rispetto alle attività non economiche e mediante la sua sostituzione con la più temperata versione del

⁴⁰ Corte plen., 17 giugno 1997, in causa C-70/95 Sodemare SA e a. c. Regione Lombardia, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1998, 683, su cui cfr. ALBANESE A., *op. cit.*, 309 ss.

⁴¹ Si tratta di indirizzi che propugnano, tra l'altro, l'abbandono del c.d. universalismo assistenziale. Sul tema, GUALDANI A., *I servizi sociali tra universalismo e selettività*, Milano, 2007.

⁴² Nella giurisprudenza della Corte di Giustizia CE oltre al caso *Sodemare*, vanno richiamate le pronunzie emesse per il caso *Ambulanz Gloeckner* e, sotto determinati aspetti, per il caso *Toegel*: cfr. ALBANESE A., *op. cit.*, 313.

principio di competizione, in grado di garantire l'impiego di parametri valutabili, ad un tempo, sia dal punto di vista dell'efficienza che dal punto di vista della sostenibilità "sociale".

Al riguardo, un contributo in tale direzione può individuarsi nelle modifiche apportate all'art. 5 della l. n. 381 del 1991.

Occorre ricordare che, per le cooperative di tipo «b», tale articolo aveva creato un regime di favore, onde consentire loro di essere affidatarie di convenzioni con enti pubblici per la fornitura di beni e servizi. Come si è già avuto modo di illustrare, questa disposizione normativa, nella sua originaria previsione, consentiva alle amministrazioni la stipula di convenzioni con le cooperative sociali, anche senza lo svolgimento di alcuna gara o procedura di evidenza pubblica, quale riconoscimento correlato al ruolo, sostanzialmente di ausilio pubblico, da esse svolto.

A seguito dei rilievi sollevati sul punto dalla Commissione della Comunità Europea, la norma è stata parzialmente modificata con l'art. 20 della legge n. 52 del 1996 (Legge Comunitaria 1994).

La nuova versione distingue, differenziandone la disciplina, le convenzioni di importo inferiore alla soglia comunitaria da quelle di importo pari o superiore.

Con riferimento alla prima tipologia, la normativa opera un ampliamento del novero dei soggetti legittimati a stipulare una convenzione. In primo luogo, per quanto concerne i soggetti aggiudicatori, affiancando agli enti pubblici in genere, anche quelli economici e le società di capitali a partecipazione pubblica. In secondo luogo, per quanto riguarda i soggetti concorrenti, prevedendo altri organismi analoghi alle cooperative di tipo «b», operanti nell'ambito degli altri Stati membri della Comunità Europea.

Il «nuovo» art. 5 sancisce, quindi, la possibilità della stipula di convenzioni in materia di forniture di beni e servizi, ad eccezione di quelli socio-sanitari ed educativi, anche in deroga alla normativa in materia di contratti pubblici, ma subordina espressamente siffatta deroga alla creazione di opportunità di lavoro per le persone svantaggiate, appartenenti ad una delle particolari categorie, indicate nell'art. 4.

Con riferimento alla seconda tipologia, l'art. 5, comma 4, dispone che «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'art. 4, comma 1 (e cioè invalidi fisici, psichici e sensoriali, tossicodipendenti, alcolisti, ex degenti di ospedali psichiatrici, minori in situazioni di difficoltà familiare, condannati ed internati ammessi alle misure alternative alla detenzione ed al lavoro all'esterno, ecc.) e con l'adozione di specifici programmi di recupero e inserimento lavorativo. La verifica della capacità di adempiere agli obblighi suddetti [...] non può intervenire nel corso delle procedure di gara e comunque non prima dell'aggiudicazione dell'appalto».

La disposizione, pur non facendo riferimento allo strumento della convenzione, ma alla possibilità di inserire clausole di esecuzione dell'appalto con l'impiego di persone svantaggiate, va comunque considerata, soprattutto alla luce della più recente interpretazione offerta dalla giurisprudenza amministrativa, nel senso di una dimidiazione del principio del *favor maximae participationis*.

Un'interpretazione letterale della norma spingerebbe, infatti, a collocare la previsione di programmi tesi a favorire le operazioni di recupero e reinserimento delle persone svantaggiate esclusivamente nella fase esecutiva del rapporto contrattuale, senza potersi ad essa assegnare alcuna rilevanza né come condizione di ammissione alla gara né come parametro di valutazione delle offerte.

Diversamente, secondo un recente orientamento del giudice amministrativo, l'espressione "condizioni di esecuzione", usata dal legislatore, «presuppone 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. [...] Non avrebbe senso parlare di "obbligo" di eseguire il contratto in un certo modo, cioè con l'impiego delle persone svantaggiate, se poi un simile obbligo non andasse ad integrare il programma contrattuale, restando escluso dal momento genetico delle obbligazioni contrattuali. [...] La disposizione si limita, perciò, a vietare di testare prima della aggiudicazione l'effettiva capacità delle concorrenti di impiegare il personale svantaggiato e realizzare il programma di recupero e reinserimento lavorativo di questo»⁴³.

Per completare l'esposizione va, infine, segnalata una pronuncia che si esprime per l'illegittimità di un «affidamento diretto a cooperativa sociale, di servizi pubblici locali, (nel caso di specie di raccolta di rifiuti), in quanto diretti per definizione, al conseguimento di fini sociali a favore della collettività e non dell'Amministrazione». Occorre, quindi, fare molta attenzione a che si tratti di un appalto di fornitura di un servizio in favore dell'amministrazione e non invece di un servizio in favore di una collettività, per il quale vi sarà sempre obbligo di bandire seguendo le procedure del Codice, non essendo applicabile l'art. 5 della legge sulle cooperative sociali⁴⁴.

4.1 Segue : *gli appalti riservati ed i conflitti interpretativi sorti sulla definizione di 'laboratori protetti'.*

Chiarita la portata della legge n. 381 del 1991, fatta oggetto della clausola di salvaguardia di cui all'*incipit* dell'art. 52, si può procedere ad una più puntuale disamina di quest'ultima disposizione, con l'illustrazione dei due differenti istituti che il Codice individua e tipizza: quello del «laboratorio protetto» e quello del «programma di lavoro protetto».

In pratica, sulla base dell'art. 52, rilevano due distinte fattispecie:

1) una riserva di partecipazione a favore di «laboratori protetti», con la quale le amministrazioni limitano, in sede di disciplinare di gara, solo ad essi, la partecipazione alle procedure di gara di determinati appalti pubblici, in relazione a singoli appalti, o in considerazione della peculiarità dell'oggetto. In tal caso, le stazioni appaltanti sono ugualmente obbligate ad applicare la normativa in materia di evidenza pubblica. Al riguardo, risulta subito evidente la sostanziale differenza fra

⁴³ T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 1 aprile 2008, n. 692 in www.giustizia-amministrativa.it

⁴⁴ Cons. St., Sez. V, 11 maggio 2010, n. 2829, in www.giustizia-amministrativa.it

la disciplina dettata dall'art. 52 e quella contenuta nell'illustrato art. 5 della legge n. 381 del 1991. Infatti, per gli appalti e forniture sotto soglia, l'art. 5, in riferimento alle cooperative sociali di tipo «b», consente di prescindere completamente dai principi dell'evidenza pubblica per il tramite dell'istituto della convenzione; 2) una riserva di esecuzione di appalti qualora servizi, lavori o forniture siano eseguiti nell'ambito di «programmi di lavoro protetti». Si tratta di una riserva espressa direttamente in favore dei lavoratori disabili, e non di una data categoria di impresa. Le amministrazioni, nel contesto di un programma di lavoro protetto, possono, infatti, riservare l'esecuzione di determinati appalti ad imprese, che, a prescindere dall'essere o no laboratori protetti, garantiscano, comunque sia, l'impiego di una forza lavoro, composta in maggioranza da lavoratori disabili.

Di tali istituti si palesa necessario delineare il concetto, essendosi il Codice limitato ad operare una semplice traduzione dell'art. 19 della direttiva 2004/18/CE senza provvedere ad una puntuale definizione, neanche in sede di regolamento attuativo⁴⁵.

Lo sforzo interpretativo risulta, invero, meno impegnativo con riguardo al programma di lavoro protetto, per il quale lo stesso art. 52 offre una sommaria descrizione in termini di modalità esecutiva.

Si può, al riguardo, sottolineare una qualche continuità con il Regolamento comunitario 12 dicembre 2002, n. 2204, relativo all'applicazione degli artt. 87 e 88 del Trattato CE agli aiuti di Stato a favore dell'occupazione, in cui, all'art. 2, si specifica che è lavoro protetto «un'occupazione in uno stabilimento nel quale almeno il 50% dei dipendenti siano lavoratori disabili che non siano in grado di esercitare un'occupazione sul mercato del lavoro aperto» (punto h).

Come già accennato, nel caso di un «programma di lavoro protetto» la riserva 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. In tali ipotesi, pertanto, la partecipazione alla gara deve intendersi riservata ai soggetti di cui all'art. 34 del Codice (gli imprenditori individuali anche artigiani, le società commerciali, le società cooperative, i consorzi, i raggruppamenti temporanei, ecc.) – sia pure privi dei requisiti necessari ai fini del riconoscimento come laboratori protetti - che si avvalgono, in vista dell'esecuzione dello specifico appalto, di piani che vedono coinvolta una maggioranza di lavoratori disabili, anche sulla base di accordi conclusi con soggetti operanti nel settore sociale.

Tale forma di riserva può considerarsi, a sua volta, una sorta di specificazione della più generale previsione di cui all'art. 69 del Codice⁴⁶.

⁴⁵ Di mancato riferimento ai «requisiti idoneativi» dei laboratori protetti parla BOIFANA M., *Art. 52. Appalti riservati*, in ITALIA V. (a cura di) *Le nuove leggi amministrative. Codice dei contratti pubblici*, Milano, 2007, 507.

⁴⁶ Secondo l'art. 69 del Codice «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'oneri. 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

Sul significato dell'art. 52 è intervenuta l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, che ne ha fornito un'interpretazione restrittiva, richiedendo la presenza della maggioranza dei lavoratori disabili sia per i lavoratori protetti che per i programmi di lavoro protetti⁴⁷.

L'Autorità, preso atto che la normativa italiana non prevede i lavoratori protetti, affinché la norma non rimanga una semplice enunciazione e sia effettivamente applicata, ha individuato i seguenti requisiti per riconoscere un laboratorio protetto ai fini dell'art. 52:

- 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, e quindi nello statuto, 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.

Conseguentemente, l'Autorità fornisce una nozione di “programmi di lavoro protetto” alla stregua di modalità esecutive di una commessa, che si caratterizzano per l'impiego, in numero maggioritario, di lavoratori disabili i quali, in ragione della natura o della gravità del loro handicap, non possono esercitare un'attività professionale in condizioni normali.

Tale affermazione rappresenta una battuta di arresto nella politica di valorizzazione del ruolo della cooperazione sociale, ripercorsa nei paragrafi precedenti. La stessa Autorità non ha mancato di affermare la diversa natura dei laboratori protetti rispetto alle cooperative di tipo b), pur registrando quest'ultime la medesima finalità di inserimento lavorativo propria dei laboratori protetti.

Da ultimo, l'Autorità ha ribadito che la “partecipazione riservata” va subordinata, per le cooperative di tipo b a due stringenti condizioni: a) che la cooperativa abbia un organico costituito non già dal 30% (come richiesto dalla legge n. 381 del 1991) ma del 50% + 1 di lavoratori disagiati; b) che il disagio in questione corrisponda alle sole ipotesi di disabilità previste dalla legge n. 68 del 1999⁴⁸.

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». Tale disposizione si pone in linea con quanto previsto dal considerando 33 della direttiva 2004/18/CE con riferimento agli aspetti sociali da includere nelle clausole di esecuzione dell'appalto: «*In particolare 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... A titolo di esempio, si possono citare, tra gli altri, gli obblighi 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)... di assumere un numero di persone disabili superiore...*». Le direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE chiariscono che «si applicano le leggi, le regolamentazioni e i contratti collettivi, sia nazionali sia comunitari, in vigore in materia di condizioni di lavoro e sicurezza sul lavoro, purché tali norme, nonché la loro applicazione, siano conformi al diritto comunitario».

⁴⁷ Determ. 23 gennaio 2008, n. 2, in *G. U.* 19 febbraio 2008, n. 42, suppl.ord. n. 38.

⁴⁸ Par. 8 luglio 2010, n. AG 24/10, in *www.avcp.it*, laddove si ribadisce che, «intesa in senso ampio, la categoria degli enti *no profit* indica tutti quei soggetti collettivi, comunque denominati, che – non perseguendo, come le società commerciali, scopi di lucro – reinvestono gli utili all'interno della organizzazione, per il perseguimento degli scopi sociali, senza prevederne una redistribuzione tra gli

Seguendo un diverso indirizzo, si sarebbe potuta riprendere una terminologia già nota al legislatore italiano, come quella di cui all'art. 5 della l. n. 381 del 1991, che riserva gli appalti «a cooperative sociali di cui all'art. 1, comma a, lett. b) ovvero ad *analoghi organismi aventi sede negli altri Stati membri della Comunità europea*» consentendo, in forza dell'assimilazione dei laboratori protetti a tali ultimi organismi, il coinvolgimento nell'ambito di applicazione dell'art. 52 di categorie di svantaggio 'altre' rispetto alla disabilità.

Al riguardo, si segnala non solo che la nozione di disagio conosce già una accezione più ampia nel comma 1 dell'art. 4 della più volte richiamata legge n. 381 del 1991, ma che addirittura una recente proposta di legge prevede una modifica di quest'ultimo, con l'individuazione di nuove categorie, peraltro direttamente mutate da alcune delle definizioni di "lavoratore svantaggiato" contenute nell'art. 2, par. 1, lett. f), del regolamento comunitario n. 2204 del 2002⁴⁹.

La proposta di legge, in particolare, integra l'elenco delle categorie di persone svantaggiate, al fine di ricomprendervi altri "soggetti deboli", quali: persone che desiderino intraprendere o riprendere un'attività lavorativa e che non abbiano lavorato, né seguito corsi di formazione, per almeno 2 anni, e, in particolare, soggetti che abbiano lasciato il lavoro per la difficoltà di conciliare vita lavorativa e familiare; persone che abbiano più di 50 anni e siano prive di un posto di lavoro o in procinto di perderlo; disoccupati di lungo periodo, ossia soggetti senza lavoro per 12

associati. Vi rientrano, dunque, le associazioni, riconosciute e non riconosciute, le fondazioni e le società cooperative, disciplinate nel codice civile, nonché – per limitarsi alle forme più rilevanti, che rivestono carattere di specialità rispetto alla disciplina civilistica - alcune forme organizzative caratterizzate dal perseguimento di finalità non egoistiche, cioè non rivolte al beneficio degli associati, e operanti nel campo sociale, civile e culturale, nonché caratterizzate dalla (prevalente) gratuità o spontaneità delle prestazioni rese dagli aderenti. Tra queste, le associazioni di volontariato di cui alla l. 11 agosto 1991, n. 266 recante la "*Legge quadro sul volontariato*"; le associazioni di utilità sociale cd Onlus, di cui al d. lgs. 4 dicembre 1997, n. 460, recante "*Riordino della disciplina tributaria degli enti non commerciali e delle organizzazioni non lucrative di utilità sociale*"; le associazioni di promozione sociale, di cui alla l. 7 dicembre 2000, n. 383, recante "*Disciplina delle associazioni di promozione sociale*"; le cooperative sociali, di cui alla l. 8 novembre 1991, n. 381, recante "*Disciplina delle cooperative sociali*". [...] in considerazione delle analogie di disciplina tra laboratori protetti e cooperative di tipo B, è stato riconosciuto che le cooperative, come d'altra parte ogni soggetto giuridico, possano accreditarsi quale laboratorio protetto, e quindi avvalersi della riserva di cui all'art. 52, Codice, a condizione che possiedano i requisiti sopra individuati. [...] attesa la non piena coincidenza della categoria dei soggetti *no profit* con le categorie dei laboratori protetti, si deve ritenere che non sia consentito apporre riserve di partecipazione alle gare di appalto *sic et simpliciter* ai soli soggetti *no profit*, ma che tale riserva sia consentita solo, nei limiti di quanto espresso in motivazione, se rivolta a soggetti che rivestono le caratteristiche dei laboratori protetti».

⁴⁹ Art. 4, comma 1, l. n. 381 del 1991 «Nelle cooperative che svolgono le attività di cui all'art. 1, comma 1, lettera b), si considerano persone svantaggiate gli invalidi fisici, psichici e sensoriali, gli ex degenti di istituti psichici, i soggetti in trattamento psichiatrico, i tossicodipendenti, gli alcolisti, i minori in età lavorativa in situazioni di difficoltà familiare, i condannati ammessi alle misure alternative alla detenzione previste dagli articoli 47, 47bis, 47ter e 48 della legge 26 luglio 1975, n. 354, come modificati dalla legge 10 ottobre 1986, n. 663. 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, sentita la commissione centrale per le cooperative istituita dall'art. 18 del citato decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato 14 dicembre 1947, n. 1577 e successive modificazioni».

degli ultimi 16 mesi o, nel caso di giovani con meno di 25 anni di età, per 6 degli 8 ultimi mesi; persone prive di un titolo di studio di scuola secondaria di secondo grado o equivalente, prive di un posto di lavoro o in procinto di perderlo; donne straniere vittime della tratta, costrette a prostituirsi, che abbiano deciso di abbandonare la loro condizione di sottomissione e di sfruttamento e che usufruiscano del programma di assistenza e integrazione sociale previsto dall'articolo 18 del D. lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero), imperniato sul rilascio del permesso di soggiorno per motivi di protezione sociale⁵⁰.

L'esperienza maturata dal nostro ordinamento induce, quindi, a ritenere non soddisfacente quanto affermato dall'Autorità di vigilanza.

Un'ipotesi alternativa per la definizione dell'ambito di applicazione della norma può derivare dalla valorizzazione della legislazione regionale. Il potenziamento della dimensione sociale degli appalti pubblici, suggerita dal legislatore nazionale, è stata, infatti, seguita anche da alcune leggi regionali⁵¹. In materia, vengono da più parti richiamate le esplicite previsioni sulla riserva effettuate dalla legislazione del Friuli Venezia Giulia, del Veneto, della Calabria e del Lazio⁵².

⁵⁰ Camera dei deputati, proposta di legge 16 dicembre 2009 n. 3056, “*Modifica all'articolo 4 della legge 8 novembre 1991, n. 381, in materia di inserimento lavorativo di persone svantaggiate*”.

⁵¹ PASQUARELLA V., *op. cit.*, 285.

⁵² Più in particolare, v. art. 25, comma 1, L.R. Friuli Venezia Giulia 26 ottobre 2006, n. 20 (“*Norme in materia di cooperazione sociale*”), in *B.U.R.*, 2 novembre 2006, n. 44, secondo cui, «nell'ambito della normativa regionale in materia di aggiudicazione di appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi sono definite le modalità di partecipazione alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici riservati di cui all'art. 52 del d.lgs. 163/2006 e successive modifiche, nonché le condizioni di esecuzione dei contratti nel contesto di programmi di lavoro protetti»; art. 13, L.R. Veneto 3 novembre 2006, n. 23 (“*Norme per la promozione e lo sviluppo della cooperazione sociale*”), in *B.U.R.*, 7 novembre 2006, n. 96 «1. Gli enti pubblici, compresi quelli economici, e le società di capitali a partecipazione pubblica, qualora la maggioranza dei lavoratori interessati sia composta di persone svantaggiate o deboli di cui all'articolo 3, che in ragione della natura del loro svantaggio o della gravità del loro disagio, non sono in grado di esercitare un'attività professionale in condizioni normali, possono riservare la partecipazione alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici in relazione a singoli appalti o in considerazione dell'oggetto di determinati appalti, o riservarne l'esecuzione, nel contesto di programmi di lavoro protetti, a cooperative sociali che svolgono le attività di cui all'articolo 2, comma 1, lettera b), ovvero ad analoghi organismi aventi sede negli stati membri della Comunità europea. 2. Possono stipulare gli appalti riservati di cui al comma 1 le cooperative sociali iscritte all'Albo e gli analoghi organismi aventi sede negli stati membri della Comunità europea, in possesso di requisiti equivalenti a quelli richiesti per l'iscrizione all'Albo e iscritti nelle liste regionali di cui all'articolo 5, comma 3, della legge n. 381/1991»; art. 18, L.R. Calabria 17 agosto 2009, n. 28 (“*Norme per la promozione e lo sviluppo della cooperazione sociale*”), in *B.U.R.*, 17 agosto 2009, n. 15 «Con riferimento a quanto previsto dall'articolo 52 del D.lgs 12 aprile 2006, n. 163 gli enti pubblici, compresi quelli economici, e le società di capitali a partecipazione pubblica possono riservare la partecipazione alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici o quote prestabilite degli stessi, a cooperative sociali e/o loro consorzi che svolgono le attività di cui all'articolo 2, comma 1, lettera b) (*segnatamente*: “imprese sociali senza fine di lucro che perseguono le finalità previste dall'articolo 1 attraverso la gestione di attività finalizzate all'inserimento lavorativo di persone svantaggiate ai sensi della lettera b) del comma 1 dell'articolo 1 della legge 8 novembre 1991, n. 381”), 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 condizione normale»; art. 9- bis L.R. Lazio n. 24/1996, come sarebbe dovuta essere novellata dalla

Le diverse opzioni interpretative, connesse ad un ruolo prioritario da assegnare alla legislazione regionale nella risoluzione dei conflitti interpretativi sollevati dall'art. 52 del Codice, sono state così di seguito sintetizzate: «Ove si volesse propendere per una spettanza statale *sic et simpliciter* discendente dalla ricomprensione della materia nell'ambito della tutela della concorrenza, il legislatore regionale – in assenza di un'interpretazione autentica statale – potrebbe in ogni caso colmare l'attuale vuoto normativo con una propria e più confacente definizione di “laboratorio protetto” (volendo, anche discostandosi da un atto di *soft regulation* qual è la citata determinazione AVCP n. 2/2008). Ove, ancora, si volesse ammettere che i laboratori protetti costituiscono proprio uno di quei “Livelli essenziali delle prestazioni” costituzionalmente attribuiti all'esclusiva competenza statale, nulla impedirebbe alle Regioni di individuare comunque “ulteriori livelli di tutela” attraverso l'applicazione ragionata della normativa statale e comunitaria esistente. Ove, infine, si decidesse di avallare la tesi della sussistenza di una potestà legislativa regionale, le Regioni potrebbero a buon diritto avvalersi della clausola di cedevolezza di cui all'art. 4 del Codice e potrebbero, quindi, dare specifica attuazione alla disciplina prevista dall'art. 52 del Codice, attraverso un'autonoma identificazione dei soggetti qualificabili come “laboratori protetti”»⁵³.

4.2 Segue: nuove prospettive per gli organismi finalizzati all'inserimento lavorativo delle categorie svantaggiate.

Secondo la ricostruzione da ultimo delineata, il dato normativo regionale può essere impiegato in una prospettiva di valorizzazione dell'identità di *ratio* delle discipline di cui all'art. 52 del Codice e dell'art. 5, l. n. 381 del 1991, volte appunto ad assicurare una forma di accesso prioritario al mercato, in favore di concorrenti «svantaggiati», che non presentano le medesime potenzialità e capacità di competizione degli altri.

proposta di legge 489/2009 «1. La Regione, gli enti pubblici dipendenti, le società ed altri enti privati a partecipazione regionale, riservano – per una quota del 20 per cento – la partecipazione alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, in relazione a singoli appalti o in considerazione dell'oggetto di determinati appalti, oppure ne riservano l'esecuzione nel contesto di programmi di lavoro protetti, alle cooperative sociali di cui all'art. 1, comma 1, lettera b) della Legge n. 381 del 1991 ovvero ad analoghi organismi aventi sede negli stati membri della Comunità europea, qualora la maggioranza dei lavoratori interessati sia composta di persone che non sono in grado di esercitare un'attività professionale in condizioni normali in ragione della natura del loro svantaggio o della gravità del loro disagio. 2. (...)».

⁵³ ARGENIO A., *Gli appalti riservati ex art. 52 D. Lgs. n. 163/2006 e la definizione dei c.d. “laboratori protetti”*, in *www.dirittoelege.it*. Naturalmente, tale interpretazione muove dal presupposto del carattere non vincolante delle determinazioni dell'Autorità di vigilanza (sul punto cfr. anche CARACCIOLLO LA GROTTIERIA E., *L'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, in questo Volume, che ricostruisce la funzione di prevenzione dell'Autorità di vigilanza in termini di *moral suasion*, in quanto «pur trattandosi di un'autorità amministrativa indipendente, il fine che essa persegue non è quello di sanzionare e reprimere i comportamenti illegittimi ma di far sì che le amministrazioni si astengano dall'agire in maniera difforme dal dettato normativo»). In dottrina sui possibili rapporti tra legislazione regionale e disciplina dei contratti pubblici, cfr. ROMANO TASSONE A., *Il codice dei contratti pubblici e le autonomie*, in questo Volume.

Ne consegue, per tal via, un accostamento della nozione di laboratorio protetto proprio a quella di cooperativa sociale e di impresa sociale, la cui disciplina viene espressamente fatta salva dall'art. 52.

Il risvolto pratico di tale proposta ricostruttiva è colto da chi sottolinea che «gli enti locali hanno totalmente ignorato la possibilità di approfittare, in positivo, della confusione interpretativa creatasi intorno alla norma, allo scopo di regolare un mercato interno troppo spesso viziato da procedure non certo cristalline». Il valore dell'art. 52 andrebbe individuato nella possibilità di superare il “cortocircuito delle convenzioni”, determinatosi con lo sbarramento della soglia⁵⁴.

In proposito, va, infatti, rilevato come la giurisprudenza più recente miri a limitare la portata dell'art. 5, comma 1, della l. n. 391 del 1991, che prevede la possibilità di stipulare convenzioni per la fornitura di beni e servizi, il cui importo stimato sia «inferiore alla soglia comunitaria anche in deroga alla disciplina in materia di contratti della pubblica amministrazione».

La clausola di salvaguardia della disciplina delle cooperative sociali, di cui all'art. 52 del Codice viene considerata dal giudice amministrativo come deroga, con riferimento agli appalti sotto soglia, rispetto alla disciplina generale del Codice e, in tal modo, per sostenere l'inapplicabilità della previsione di cui all'art. 49, che consente al concorrente, in relazione ad una specifica gara, di soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e organizzativo, ovvero di attestazione della certificazione SOA, “avvalendosi” dei requisiti o dell'attestazione di altro soggetto.

La giurisprudenza non solo sancisce l'impossibilità di ricorrere all'istituto dell'avvalimento in mancanza di specifica prescrizione del bando di gara, ma, anzi, impone il precipuo obbligo di esplicitare nel bando l'illegittimità dell'avvalimento dei requisiti tecnico-organizzativi di altri operatori che non abbiano le caratteristiche delle cooperative sociali⁵⁵.

Pertanto, secondo i giudici amministrativi, ove si consentisse di partecipare per il tramite dell'avvalimento agli appalti riservati alle cooperative sociali, «ne risulterebbe alterata la *par condicio* del relativo settore, con conseguente rilevante pregiudizio dello stesso imparziale perseguimento delle finalità sociali e solidaristiche perseguite, nel senso che non sarebbe garantita *ex ante* una uniforme possibilità di ampliamento delle possibilità partecipative alle gare».

Nella stessa prospettiva, la giurisprudenza ha sottolineato che «va esclusa da una procedura per l'affidamento di un appalto di servizi sociali la cooperativa che non dimostri di essere iscritta all'Albo regionale delle cooperative sociali, richiesto

⁵⁴ Così in BARTOLI G. – RANIERI C., *Appalti riservati e laboratori protetti nell'ottica dell'inclusione lavorativa di soggetti svantaggiati: rilievi critici*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it. Sulla impossibilità, per la stazione appaltante, di limitare alle sole società cooperative d'utilità sociale l'ammissione ad una gara relativa ad un appalto di servizi, nel caso in cui l'importo sia superiore alla soglia comunitaria, *ex multis* Cons. St., Sez. V, 30 agosto 2001, n. 4580, T.A.R. Marche 7 aprile 2000 n. 521 e T.A.R. Lazio – Latina - Sez. I, 15 novembre 2007 n. 1211, tutte in www.giustizia-amministrativa.it.

⁵⁵ Così TAR Lazio, Sez. II-bis, 25 giugno 2010, n. 1776, in www.giustizia-amministrativa.it, nonché A.V.C.P., par. 18 marzo 2009, n. 38, in *Enti non profit*, 2010, 51 ss., con nota di DE SANTIS S.- DI FILIPPO E., *Limiti all'utilizzo dell'avvalimento per le cooperative sociali*. Sull'istituto disciplinato dall'art. 49 del Codice, cfr. NOSTRO D., *L'avvalimento*, in questo Volume.

dalla normativa di gara, quale requisito minimo di partecipazione»⁵⁶. Ciò porta a ritenere che la partecipazione alla gara sia riservata ad operatori dotati di particolari requisiti che, obiettivamente, mal si conciliano con l'avvalimento utilizzato da operatori esterni al settore di riferimento.

Da un altro punto di vista, è stato ritenuto elusivo della «soglia», al di sotto della quale è legittimo operare una deroga alle procedure concorsuali, il ricorso ad un frazionamento dell'importo complessivo dell'appalto, cogliendo l'occasione per precisare in modo dettagliato e puntuale le condizioni in presenza delle quali può procedersi all'affidamento diretto ad una cooperativa sociale della gestione di un pubblico servizio sulla base della deroga consentita dal combinato disposto degli artt. 5 della legge n. 381 del 1991 e 52 del Codice appena sopra richiamato ⁵⁷.

Al fine di superare i limiti derivanti dal carattere derogatorio assegnato dalla giurisprudenza amministrativa alla disciplina a favore della cooperazione sociale, ed in particolare dallo sbarramento della soglia in essa previsto, sarebbe opportuno favorire un'interpretazione che valorizzi il coordinamento tra l'art. 52 del Codice e l'art. 5 della l. n. 381/91. Si potrebbe, infatti, sostenere che, mentre per gli appalti sotto soglia rimane ferma la possibilità di convenzioni dirette con cooperative, per gli appalti sopra la soglia comunitaria i laboratori protetti potrebbero intendersi alla stregua di cooperative sociali, in forza della formula di equivalenza offerta dagli *'analoghi organismi aventi sede negli altri Stati membri della Comunità europea'*, per cui la loro ammissione alle gare in regime di riserva rappresenterebbe un passaggio ulteriore nella disciplina di favore accordata agli enti che agevolano l'inserimento lavorativo di persone svantaggiate.

Questo esito interpretativo si collocherebbe al crocevia tra convenzione diretta e clausola di esecuzione, quest'ultima prevista a sua volta sia per le cooperative sociali di tipo «b» negli appalti superiori alla soglia comunitaria, sia per quelle imprese, anche *profit*, che presentino un programma di lavoro protetto.

Tale soluzione sarebbe da preferirsi a quella, prospettata in dottrina, di considerare come possibile la costituzione di un consorzio stabile di imprese avente la natura di "laboratorio protetto", per partecipare ad una gara indetta ai sensi dell'art. 52. Si è ritenuto, al riguardo, che « la soggettività autonoma del consorzio stabile, in una con la previsione nel proprio oggetto sociale delle specifiche finalità di tutela del lavoro delle persone svantaggiate, consentirebbe al medesimo consorzio (e quindi, in via indiretta, alle relative consorziate) la possibilità di partecipare agli appalti "riservati" ex art. 52 del Codice»⁵⁸.

⁵⁶ Cons. St., Sez. V, 2 febbraio 2009, n. 558 in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁵⁷ T.A.R. Lazio, Sez. III-*quater*, 9 dicembre 2008, n. 11093, in *www.giustamm.it* che ha, pertanto, ribadito come sia legittimo, da parte di una stazione appaltante, l'affidamento diretto della gestione di servizi pubblici, diversi da quelli socio-sanitari ed educativi, a favore di una cooperativa sociale, ai sensi del combinato disposto degli artt. 5 della legge n. 381/1991 e 52 del Codice, solo in presenza delle seguenti condizioni: a) l'importo complessivo dell'affidamento deve essere inferiore alle soglie comunitarie; b) la cooperativa deve essere iscritta all'Albo regionale delle cooperative sociali; c) la cooperativa deve, nell'esercizio dell'attività oggetto dell'affidamento, impiegare «soggetti svantaggiati», attraverso un preciso progetto di inserimento lavorativo; d) le persone svantaggiate devono costituire almeno il 30% dei lavoratori della cooperativa.

⁵⁸ Così BALESTRIERI A. M., *Gli "appalti riservati" tra principio di economicità e esigenze sociali*, in *Urb. e app.*, 2009, 789 ss., che, peraltro, sottolinea la poca attenzione della dottrina sull'argomento,

In contrario, può osservarsi che, pur quando fosse garantito il rispetto di tutti i requisiti prescritti dall'art. 36, comma 1, del Codice per il riconoscimento del carattere della “stabilità” – e cioè che i suddetti consorzi siano «formati da non meno di tre consorziati che, con decisione assunta dai rispettivi organi deliberativi, abbiano stabilito di operare in modo congiunto nel settore dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture, per un periodo di tempo non inferiore a cinque anni, istituendo a tal fine una comune struttura di impresa» -, la *ratio* di tale soluzione, se può, senz'altro, iscriversi in una logica di salvaguardia del principio del *favor maximae participationis*, non corrisponderebbe tuttavia in modo diretto a quella delle idealità sociali, perseguite dagli enti del terzo settore col loro obiettivo di inclusione delle persone svantaggiate e precisamente alla logica che si ritiene abbia fin dall'origine animato il legislatore comunitario nella previsione degli appalti riservati.

5. *Codice dei contratti pubblici, Commissione europea e Corte di Giustizia: direttrici per una definizione degli appalti pubblici “socialmente responsabili”.*

L'apporto offerto da taluni documenti, soprattutto di *soft law*, dell'Unione europea consente, come in parte già accennato, di individuare una politica di promozione dei c.d. «acquisti sociali», in seno alla quale gli Stati membri sono sollecitati ad introdurre, nella procedura di gara, previsioni che attribuiscono rilevanza alle c.d. “clausole sociali” e nella cui cornice si colloca a pieno titolo la normativa del Codice.

Una recente guida adottata dalla Commissione europea impiega, infatti, l'espressione “*Buying social*” per indicare la possibilità offerta alle amministrazioni pubbliche di addivenire ad «operazioni di appalto che tengano conto di uno o più dei seguenti aspetti sociali: opportunità di occupazione, lavoro dignitoso, conformità con i diritti sociali e lavorativi, inclusione sociale (inclusione delle persone con disabilità), pari opportunità, accessibilità, progettazione per tutti, considerazione dei criteri di sostenibilità, tra cui gli aspetti legati al commercio etico e una più ampia conformità di natura volontaristica con la responsabilità sociale di impresa (RSI), nel rispetto dei principi sanciti dal Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) e dalle direttive sugli appalti»⁵⁹.

La generica locuzione “aspetti sociali”, riferita alla materia degli appalti pubblici in primo luogo dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, e successivamente sviluppata dapprima con alcune comunicazioni della

se si eccettuano alcuni commenti istituzionali al D.lgs. n. 163/2006: cfr., fra gli altri, LOTTINI M., *Gli appalti pubblici riservati a laboratori protetti e le clausole sociali di esecuzione del contratto*, in SANDULLI A.M.- DE NICTOLIS R.-GAROFOLI R. (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2008, II, 1255 ss.

⁵⁹ Commissione Europea, «*Acquisti sociali. Una guida alla considerazione degli aspetti sociali negli appalti pubblici*», Lussemburgo, 2011. L'approccio normativo verso gli appalti pubblici “socialmente responsabili”, quale aspetto di un più ampio « modello sociale unico», si pone in linea con la comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni «*Un'agenda sociale rinnovata: opportunità, accesso e solidarietà nell'Europa del XXI secolo*», COM(2008)412 def. del 2 luglio 2008.

Commissione europea del 2001, e poi con le direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE⁶⁰, ha nel tempo acquisito un sempre più rilevante significato giuridico, tanto da consentire alle amministrazioni di contribuire indirettamente alla promozione dello sviluppo sociale.

Con l'acquisto di beni, che potrebbero essere definiti 'socialmente rilevanti', la pubblica amministrazione si pone in linea con più generali obiettivi di coesione sociale - tra cui la promozione di un elevato livello di occupazione e di protezione sociale, nonché della qualità e del miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro - annoverati, peraltro, tra i pilastri del processo di integrazione europea, con la Carta dei diritti fondamentali, soprattutto dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona⁶¹.

È stato osservato come tra i diritti fondamentali proclamati (a Nizza, nel 2000, e a Strasburgo, nel 2007), un posto di rilievo sia riconosciuto alla «garanzia della sicurezza nei luoghi di lavoro, consacrata dalla Carta di Strasburgo in una

⁶⁰ Nella comunicazione interpretativa COM (2001)566 def. del 15 ottobre 2001, la Commissione europea ha indicato le possibilità offerte dal diritto comunitario di considerare gli aspetti sociali nelle procedure degli appalti pubblici, al fine di «garantire, in particolare, un'interazione positiva e dinamica delle politiche economiche, sociali e dell'impiego, che si rinforzano vicendevolmente». Sia prima che dopo la pubblicazione della comunicazione, la Corte di Giustizia ha ulteriormente richiamato queste possibilità in una serie di importanti pronunce. Fra le più citate, si ricordano le sentenze 17 settembre 2002, causa C-513/99 (*Concordia Bus*) e 4 dicembre 2003, causa C-448/01 (*Wienstrom*). Le successive direttive sugli appalti adottate in data 31 marzo 2004 hanno consolidato il quadro giuridico. Esse menzionano specificamente le modalità di integrazione degli aspetti sociali nelle specifiche tecniche, nei criteri di selezione, nei criteri di aggiudicazione e nelle clausole di esecuzione dell'appalto. È stata introdotta una nuova disposizione relativa ai lavoratori per i lavoratori con disabilità, oggetto di disamina con il presente lavoro. È noto che le direttive sugli appalti non si applicano a tutti gli appalti pubblici. Alcune amministrazioni aggiudicatrici hanno adottato politiche relative agli appalti pubblici socialmente responsabili con riguardo ad appalti non soggetti all'applicazione delle direttive (ad esempio, gli appalti "sotto soglia") o ad esse soggetti solo in parte (ad esempio, gli appalti "sopra soglia" per l'applicazione di tali direttive riportate nell'allegato II/b della direttiva 2004/18/CE e nell'allegato XVII/b della direttiva 2004/17/CE). Con specifico riferimento agli aspetti legali correlati agli appalti di servizi sociali di interesse economico generale, la Commissione ha adottato una comunicazione («*I servizi di interesse generale, compresi i servizi sociali di interesse generale: un nuovo impegno europeo*», COM(2007) 725 def. del 20 novembre 2007) che sottolinea l'importanza dell'inserimento di criteri qualitativi «su misura» nella fornitura di servizi sociali e si propone di fornire orientamenti pratici sull'applicazione delle norme dell'Unione europea a questi servizi.

⁶¹ Sulla posizione (sfavorevole) recentemente assunta dalla Corte costituzionale in ordine alla possibile 'trattattizzazione' della CEDU in forza della nuova formulazione dell'art. 6 del Trattato dell'Unione Europea, e per gli effetti conseguenti sulla sua immediata applicazione nel diritto interno, v. Corte cost. 11 marzo 2011, n. 80, con commento di RUGGERI A., *La Corte fa il punto sul rilievo interno della CEDU e della Carta di Nizza-Strasburgo (a prima lettura di Corte cost. n. 80 del 2011)*, in *www.forumcostituzionale.it*. Sul tema, con specifico riferimento anche all'orientamento adottato dalla giurisprudenza amministrativa (il richiamo è a T.A.R. Lazio-Roma, Sez. II bis, 18 maggio 2010, n. 11984 e Cons. St., Sez. IV, 2 marzo 2010, n. 1220, in *www.giustizia-amministrativa.it*), v. CHITI M.P., *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2011, 115 ss.; CELOTTO A., *Il trattato di Lisbona ha reso la CEDU direttamente applicabile nell'ordinamento italiano? (in margine alla sentenza n. 1220/2010 del Consiglio di Stato)*, in *Giustamm.it*; CARTABIA M., *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona: Verso nuovi equilibri?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 221 ss.; ma già VALAGUZZA S., *Riflessioni sul primato attenuato del diritto CEDU e sui suoi possibili sviluppi: prospettive interpretative per il giudizio amministrativo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, 1375 ss.

norma breve ed elastica, ma densa di significato (“ogni lavoratore ha diritto a condizioni di lavoro sane, sicure e dignitose”). Tale principio è stato ribadito dalla Commissione, invitando “tutte le parti interessate [...] a rendere il benessere sul luogo di lavoro una realtà concreta per i cittadini europei [...], per rafforzare la competitività e la produttività delle imprese e contribuire all’efficienza dei sistemi di protezione sociale”»⁶².

Quanto precede consente, quindi, di dare un prima risposta agli interrogativi posti nel corso del presente lavoro sull’incidenza che le scelte sociali determinano sul quadro economico dei pubblici appalti.

L’amministrazione finisce, infatti, con l’influire sulle stesse politiche produttive delle imprese, orientandole ad investire in ‘aspetti sociali’ della propria attività e segnando il definitivo punto di non ritorno verso un concetto in passato essenziale, ossia l’interesse economico quale obiettivo primario ed assoluto in materia di appalti.

La più recente evoluzione del diritto europeo trascende, quindi, l’originaria prospettiva, squisitamente mercantile dell’Unione comune, per accedere ad un approccio più equilibrato, valorizzando esigenze che concorrono a garantire, in pari misura, uno sviluppo economico e sociale sostenibile.

⁶² PASQUARELLA V., *La valorizzazione della dimensione prevenzionistica degli appalti pubblici tra vecchie e nuove fonti normative*, in *Lav. nelle p.a.*, 2009, 285 ss.