

Parere n.147 del 12/09/2012

PREC 146/12/S

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dalla Pellicano Verde S.p.A.– “Affidamento del servizio raccolta rifiuti urbani”–. Importo a base di gara €599.606,46– S.A.: Comune di Tricarico .

Cooperative sociali di tipo B e laboratori protetti. Art 5 L. 381/1991 e art. 52 D.Lgs. 163/2006.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'ufficio del precontenzioso

Considerato in fatto

In data 11 maggio 2012 è pervenuta l'istanza indicata in epigrafe, con la quale la Società Pellicano Verde s.p.a., in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, ha chiesto un parere in merito alla legittimità del bando di gara in oggetto, nella parte in cui limita la partecipazione alla gara d'appalto alle sole cooperative sociali di tipo B ex art. 5 L. 381/1991 e art. 52 D.Lgs. 163/2006.

Con determina dirigenziale n. 102 del 22.05.2012, l'appalto è stato aggiudicato in via definitiva, e il relativo contratto stipulato in data 19.06.2012 rep. n. 07/2012.

In riscontro all'istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 28 giugno 2012, la stazione appaltante ha presentato memorie e documenti.

Ritenuto in diritto

La questione controversa oggetto del presente esame concerne la legittimità delle clausole del bando (artt. 2, 7 e 8) con cui l'Amministrazione ha limitato la partecipazione alla gara indetta per l'affidamento del servizio di raccolta dei rifiuti urbani, alle sole Cooperative Sociali di tipo B ex art. 5 L. 381/1991 e art. 52 D.Lgs. 163/2006.

In punto di diritto occorre svolgere alcune premesse sistematiche al fine di chiarire la questione in esame. Infatti, come già ampiamente illustrato nelle “linee guida per gli affidamenti a cooperative sociali ai sensi dell'art. 5 comma 1 L. 381/1991” approvate da questa Autorità con determinazione n. 3 del 1° agosto 2012, gli affidamenti in deroga alle cooperative sociali di tipo B devono essere distinti dai c.d. appalti riservati di cui all'art. 52 del Codice dei Contratti.

L'art. 5 L. 381/1991 stabilisce che “*Gli enti pubblici, compresi quelli economici, e le società di capitali a partecipazione pubblica, anche in deroga alla disciplina in materia di contratti della pubblica amministrazione, possono stipulare convenzioni con le cooperative che svolgono le attività di cui all'articolo 1, comma 1, lettera b) , ovvero con analoghi organismi aventi sede negli altri Stati membri della Comunità europea, per la fornitura di beni e servizi diversi da quelli socio-sanitari ed educativi il cui importo stimato al netto dell'IVA sia inferiore agli importi stabiliti dalle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici, purché tali convenzioni siano finalizzate a creare opportunità di lavoro per le persone svantaggiate di cui all'articolo 4, comma 1”.*

La disposizione introduce una deroga all'evidenza pubblica e prevede la possibilità per la stazione appaltante di stipulare convenzioni con le cooperative sociali di tipo B, senza gara, ponendo le seguenti limitazioni: deve trattarsi della fornitura di beni e servizi diversi da quelli socio-sanitari ed educativi; l'appalto deve avere un valore inferiore alla soglia comunitaria; la convenzione deve essere finalizzata a creare opportunità di lavoro per le persone svantaggiate; le persone svantaggiate di cui al comma 1 dell'art. 4 L. 381/91 devono costituire almeno il trenta per cento dei lavoratori della cooperativa e, compatibilmente con il loro stato soggettivo, essere socie della cooperativa stessa.

L'art. 52 D.Lgs. 163/2006 stabilisce 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 riservarne l'esecuzione nel contesto di programmi di lavoro protetti quando la maggioranza dei lavoratori interessati è composta di disabili i quali, in ragione della natura o della gravità del loro handicap, non possono esercitare un'attività professionale in condizioni normali. Il bando di gara menziona la presente disposizione”*.

La norma, dunque, introduce la possibilità di limitare soggettivamente le pubbliche gare a favore di soggetti giuridici e di programmi che promuovono l'integrazione o la reintegrazione dei disabili nel mercato del lavoro. Ai sensi della predetta disposizione, le stazioni appaltanti hanno la facoltà di riservare la partecipazione a laboratori protetti ovvero riservarne l'esecuzione nel contesto di programmi di lavoro protetti, sempreché la maggioranza dei lavoratori interessati sia composta da disabili.

Con la determinazione n. 2 del 23 gennaio 2008, l'Autorità ha specificato che la clausola di salvaguardia posta all'inizio dell'art. 52 (*“fatte salve le norme vigenti sulle cooperative sociali e sulle imprese sociali”*) sta ad indicare che le due discipline - quella dell'art. 52 del Codice e quella di cui all'art. 1, lettera b) della L. 381/1991 – si muovono in ambiti diversi. *“Le cooperative sociali, infatti, diversamente da quanto richiesto per la figura del laboratorio protetto, svolgono attività finalizzate all'inserimento lavorativo di persone svantaggiate e non solo disabili e devono possedere un organico costituito almeno per il 30% da persone disagiate e non già la maggioranza di lavoratori disabili, come invece richiesto per il laboratorio protetto. Pertanto, “pur essendo, entrambe le disposizioni (art. 52 del d.lgs. n. 163/2006 e legge n. 381/91 e s.m.i.) finalizzate al perseguimento di fini sociali, dall'analisi della normativa emerge che le due figure – laboratorio protetto e cooperativa sociale – non coincidono”*.

Nella fattispecie qui in esame non può trovare applicazione la disposizione di cui all'art. 5 L. 381/91 poiché trattasi di appalto sopra soglia comunitaria (importo a base di gara €599.606,46). Inoltre non si tratta di una convenzione in deroga alle disposizioni in materia di evidenza pubblica, ma, al contrario, il Comune ha indetto una gara per l'affidamento del servizio di spazzamento, raccolta, trasporto e smaltimento di rifiuti. Si aggiunga, poi, che secondo la giurisprudenza amministrativa *“Il servizio di igiene urbana, qualificabile come “servizio pubblico locale”, rivolto all'esterno in quanto diretto a soddisfare i bisogni dell'intera collettività non può rientrare tra i servizi affidabili ex art. 5 l. 8 novembre 1991 n. 381 mediante convenzione. La disposizione che attribuisce agli enti pubblici la possibilità di stipulare convenzioni, anche in deroga alla disciplina in materia di contratti, con le cooperative che svolgono le attività di cui all'art. 1 lett. b) della medesima legge, per la “fornitura di beni e servizi diversi da quelli socio-sanitari ed educativi”, può trovare applicazione nel solo caso in cui l'ente pubblico debba acquistare beni e servizi in proprio favore e non anche affidare a soggetti diversi lo svolgimento di servizi destinati ai terzi”*

(T.A.R. Brescia Lombardia, sez. I, 30 marzo 2009, n. 719). Conseguentemente, deve essere esclusa l'applicabilità alla presente fattispecie dell'art. 5 L. 381/1991.

Occorre pertanto verificare la possibilità di fare applicazione dell'art. 52 D.Lgs. 163/2006 poiché quanto rilevato non impedisce alle cooperative sociali di tipo B di essere riconosciute anche come laboratori protetti/programmi di lavoro protetti ed avvalersi della riserva di cui all'art. 52, a condizione che possiedano i requisiti a tal fine richiesti.

Nella fattispecie, il bando di gara non prevede che le cooperative sociali di tipo B posseggano il requisito di cui all'art. 52 ossia che la maggioranza dei lavoratori interessati sia composta di disabili. Detto requisito, peraltro, non è scontato, posto che per le cooperative sociali di tipo B la L. 381/1991 prevede solo l'impiego di personale disabile che deve costituire almeno il trenta per cento dei lavoratori della cooperativa.

Infine, il bando risulta illegittimo anche sotto il profilo dell'ingiustificata limitazione alle sole cooperative sociali di tipo B della partecipazione alla gara di affidamento del servizio. L'art. 52, infatti, prevede la facoltà di riserva di determinati appalti a favore di laboratori protetti nei quali possono anche identificarsi le cooperative sociali di tipo B, ma non solo. Limitare detta partecipazione alle sole cooperative sociali, risulta infatti una illogica, arbitraria ed ingiustificata restrizione della libera concorrenza.

Conclusivamente, in conformità con l'art. 52 D.Lgs. 163/2006, si deve ritenere che il bando di gara sia illegittimo in quanto limita ingiustificatamente la partecipazione alla gara di appalto alle sole cooperative sociali di tipo B, non prevedendo, nemmeno come obbligatorio, il requisito dell'impiego di personale disabile in misura superiore alla metà del personale impiegato.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che il bando di gara indetto dal Comune di Tricarico per l'affidamento del servizio di raccolta dei rifiuti urbani sia illegittimo per violazione dell'art. 52 D.Lgs 163/2006 e per eccesso di potere per illogicità della riserva di partecipazione alla gara alle sole cooperative sociali di tipo B.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Sergio Gallo

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 27 settembre 2012

Il Segretario Maria Esposito