

Deliberazione Giunta Regionale 27 giugno 2016 n. 969

Adozione delle linee guida regionali sull'affidamento dei servizi alla cooperazione sociale.

(Emilia-Romagna, BUR 7 luglio 2016, n. 202)

LA GIUNTA DELLA REGIONE EMILIA-ROMAGNA

Visti:

- La legge regionale n. 12 del 17 luglio 2014 concernente "Norme per la promozione e lo sviluppo della cooperazione sociale. Abrogazione della legge regionale 4 febbraio 1994 n. 7" Norme per la promozione e lo sviluppo della cooperazione sociale, attuazione della legge 8 novembre 1991, n. 381";

- l'articolo 20 della legge sopracitata dove si stabilisce che "viene istituita la Commissione consultiva sulla cooperazione sociale, con la finalità di collaborare con la Giunta regionale in materia sociale, sanitaria, educativa, di formazione professionale e di sviluppo dell'occupazione";

Vista la Delib.G.R. n. 224/2015 concernente l'istituzione e nomina della Commissione Consultiva sulla cooperazione sociale esecutiva ai sensi di legge;

Vista la Delib.G.R. n. 1108 del 3 agosto 2015 con la quale sono state approvate le priorità di mandato della Commissione stessa ed in particolare si prevedono i seguenti punti:

- modalità di relazioni/rapporti tra pubblico e privato sociale con particolare riferimento all'applicazione normativa vigente in materia di appalti pubblici e concessioni;

- valutazione sull'attuazione dell'articolo 4 della L.R. 12/2014 che prevede l'iscrizione all'Albo Regionale delle cooperative sociali;

- approfondimenti su welfare integrativo;

- approfondimento su cespiti pubblici dismessi e beni confiscati;

Dato atto che il comma 5 dell'articolo 21 stabilisce che la "Commissione per ogni esigenza di tipo organizzativo ed operativo, può avvalersi del supporto dei servizi della direzione generale Sanità e Politiche Sociali...."

Preso atto, quindi, che la citata Commissione per poter svolgere al meglio le proprie funzioni ha proposto alla Direzione Generale Sanità Politiche Sociali e per l'integrazione di costituire un apposito gruppo di lavoro formato da funzionari degli Enti Locali, della cooperazione sociale e dei Servizi Regionali che si dovrà occupare della normativa sugli affidamenti e clausole sociali.

Dato atto che con determina del Direttore Generale n 11276 del 9 settembre 2015 è stato costituito il gruppo di lavoro che fra i suoi obiettivi, ha avuto anche quello di costruire un toolkit informativo sull'applicabilità delle norme comunitarie, nazionali e regionali in tema di appalti sopra e sotto soglia per l'affidamento dei servizi alle cooperative sociali di tipo A e B;

Dato atto che il gruppo di lavoro ha consegnato le linee guida regionali alla Commissione Consultiva sulla cooperazione sociale il 27 ottobre 2015;

Dato atto che ai fini della condivisione delle linee guida è stato organizzato in data 17 novembre 2015 un incontro con alcune stazioni appaltanti dei Comuni del nostro territorio, con il Servizio Approvvigionamenti e centri operativi della Regione e con Intercenter;

Rilevato che, durante l'iter di approvazione delle presenti linee guida è stata approvata la legge 28 gennaio 2016, n. 11 recante le deleghe al Governo per l'attuazione delle Direttive europee 2014/23/UE e 2014/25/UE e per il riordino della disciplina in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture;

Preso atto che si è quindi deciso di aspettare l'entrata in vigore del Nuovo Codice degli Appalti approvato con D.Lgs. 50/2016 e di rivedere le linee guida regionali sulla base della nuova normativa;

Dato atto che il nuovo testo delle linee guida è stato inviato alla Commissione Consultiva sulla Cooperazione Sociale in data 9 giugno 2016;

Viste:

- la L.R. n. 43/2001 "Testo Unico in materia di organizzazione e di rapporti di lavoro nella Regione Emilia-Romagna" e ss.mm.;

- la propria deliberazione n. 2416 del 29 dicembre 2008 concernente "Indirizzi in ordine alle relazioni organizzative e funzionali tra le strutture e sull'esercizio delle funzioni dirigenziali. Adempimenti conseguenti alla delibera 999/2008. Adeguamento e aggiornamento della delibera 450/2007" e successive modificazioni;

Richiamate, inoltre, le proprie deliberazioni relative all'organizzazione dell'Ente regione e alle competenze dei dirigenti regionali di seguito indicate:

- n. 193 del 27 febbraio 2015 "Contratto di lavoro ai sensi dell'art. 43 L.R. 43/2001 e affidamento dell'incarico di direttore generale "Sanità e Politiche Sociali";

- n. 628 del 29 maggio 2015 "Riorganizzazione della Direzione Generale Sanità e Politiche Sociali" e succ. mod.;

- n. 2189 del 21 dicembre 2015 "Linee di indirizzo per la riorganizzazione della macchina amministrativa regionale";

- n. 56 del 25 gennaio 2016 "Affidamento degli incarichi di Direttore generale della Giunta regionale, ai sensi dell'art. 43 della L.R. 43/2001";

- n. 270 del 29 febbraio 2016 "Attuazione prima fase della riorganizzazione avviata con delibera 2189/2015";

- n. 622 del 28 aprile 2016 "Attuazione seconda fase della riorganizzazione avviata con delibera 2189/2015";

- n. 702 del 16 maggio 2016 "Approvazione incarichi dirigenziali conferiti nell'ambito delle Direzioni Generali - Agenzie - Istituto, e nomina dei responsabili della prevenzione della corruzione, della trasparenza e accesso civico, della sicurezza del trattamento dei dati personali, e dell'anagrafe per la stazione appaltante";

Dato atto del parere allegato;

Su proposta del Vicepresidente e Assessore alle politiche di welfare e politiche abitative Elisabetta Gualmini;

A voti unanimi e palesi

Delibera

- 1) di approvare per le motivazioni indicate in premessa e che qui si intendono integralmente richiamate le linee guida regionali sull'affidamento dei servizi alle cooperative sociali allegato parte integrante e sostanziale del presente atto;
- 2) di dare mandato al servizio competente della Direzione Generale Cura della persona, salute e welfare di dare ampia diffusione alle presenti linee guida regionali;
- 3) di pubblicare le presenti linee guida regionali nel BURERT e sul sito E-R Sociale - Terzo Settore - Approfondimenti -Linee Guida Appalti.

Allegato

Linee Guida Regionali sull'affidamento dei servizi alle cooperative sociali

Premessa

Il 17 luglio 2014 è stata approvata la legge regionale n. 12: Norme per la promozione e lo sviluppo della cooperazione sociale. Abrogazione della legge regionale 4 febbraio 1994 n. 7 "Norme per la promozione e lo sviluppo della cooperazione sociale. Attuazione della legge 8 novembre 1991, n. 381".

Si tratta di una legge innovativa che recepisce i cambiamenti avvenuti in questi ultimi vent'anni, che hanno visto aumentare il protagonismo e il ruolo della cooperazione sociale in Emilia-Romagna.

Il primo atto di attuazione di questa legge è stato la costituzione della Commissione Consultiva sulla Cooperazione Sociale, la quale, nella prima seduta, ha deciso che fra le priorità di lavoro ci fosse un approfondimento sulle modalità di relazione/rapporto tra pubblico e privato sociale con particolare riferimento al tema degli appalti. A tal fine è stato formalmente costituito un gruppo di lavoro composto da funzionari degli Enti Locali, della Cooperazione Sociale e dei Servizi Regionali, affiancati da esperti giuridici di settore.

Il gruppo, a seguito di un proficuo percorso di incontri di lavoro, ha elaborato queste Linee Guida il cui scopo principale è fornire agli enti territoriali, ai relativi enti ed aziende strumentali, nonché agli stessi operatori economici, indicazioni operative chiare sulle procedure di affidamento ed erogazione dei servizi nel rapporto fra P.A. e cooperative sociali e loro consorzi.

In sintesi, procedure amministrative rispettose della vigente normativa - europea, statale e regionale - capaci di coniugare i vari interessi pubblici coinvolti con il ruolo attivo e strategico del mondo cooperativo.

Nella redazione di queste Linee Guida, il gruppo si è avvalso sia di documenti di approfondimento redatti dai professori Sofia Bandini e Alceste Santuari e dall'avvocato Luciano Gallo, sia dell'analisi di protocolli, determinazioni e studi concernenti gli affidamenti e le concessioni prodotti dagli Enti Locali dell'Emilia-Romagna e da Istituzioni europee. La documentazione è molto ricca ed articolata ed è disponibile al seguente link: <http://sociale.regione.emilia-romagna.it/terzo-settore/approfondimenti/linee-guida-appalti/lineeguida-appalti-1>.

È un lavoro complesso che ha preso in analisi una "materia" in continua evoluzione e che non permette di scrivere la parola "Fine".

Ricordiamo, infatti, che il 26 febbraio 2014 sono state emanate le nuove direttive europee 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, 2014/24/UE sugli appalti pubblici e 2014/25/UE sugli appalti nei settori speciali. Al riguardo è stata approvata la legge 28 gennaio 2016, n. 11 recante le deleghe al Governo per la loro attuazione e per il riordino della disciplina in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, e sulla base di tale legge è stato emanato il D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (Nuovo Codice dei contratti pubblici), con contestuale abrogazione del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

Le novità introdotte da queste direttive sono di grande rilievo. La maggiore attenzione alla dimensione sociale ha portato a cambiare radicalmente le previsioni relative alle clausole sociali e agli appalti riservati, già presenti nelle vecchie direttive, potenziando le opportunità per le stazioni appaltanti.

Il recepimento delle direttive nell'ordinamento nazionale ed il Nuovo Codice dei contratti pubblici costituisce una opportunità in più a disposizione degli Enti Locali per valorizzare il potenziale delle cooperative sociali di tipo B.

Altra importante novità, che avrà notevoli ricadute anche sulla collaborazione con la Pubblica Amministrazione, è la riforma del Terzo Settore, dell'impresa sociale e del Servizio civile universale: il relativo disegno di legge delega è stato approvato dalla Camera in via definitiva il 25 maggio 2016 (A. C. 2617-B). Si tratta di una riforma ampia ed importante che vuole dare trasparenza e stabilità ad una parte importante della società civile organizzata.

Occorre poi segnalare che l'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC), con delibera 20 gennaio 2016, n. 32 ha approvato le Linee guida per l'affidamento di servizi a enti del terzo settore e alle cooperative sociali, alle quali si rinvia per le ulteriori precisazioni e indicazioni applicative, con l'avvertenza che queste sono state elaborate con riferimento alla disciplina di cui al D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163. La stessa Autorità ha elaborato e reso pubblici il 28 aprile 2016 alcuni documenti di consultazione recanti Linee guida attuative del nuovo Codice degli Appalti, in vista della loro stesura definitiva: alle Linee guida "finali" occorrerà necessariamente fare riferimento in sede di applicazione.

Infine un ringraziamento a tutti i componenti del gruppo di lavoro per l'assidua partecipazione e collaborazione alla stesura delle presenti Linee Guida: Prof.ssa Sofia Bandini, Prof. Alceste Santuari (Università di Bologna) Avv. Luciano Gallo, dott. Alberani Alberto (Legacoop Emilia-Romagna) dott. Simone Fabbri (Legacoop Bologna) dott. Gianluca Mingozzi (Confcooperative Regionale), dott.ssa Francesca Degli Esposti, dott.ssa Valentina Vaccari, dott.ssa Maddalena Tambella (AGCI), dott. Valerio Montalto e dott.ssa Ilaria Bellelli (Comune di Bologna), dott.ssa Rachele Caputo (Comune di Ozzano), dott.ssa Silvia Bedei (Comune di Forlì), dott. Raul Duranti e dott. Raffaele Tomba (ANCI regionale), dott. Stefano Lipparini e dott.ssa Rita Dondi (Servizio Affari Legislativi e Aiuti di Stato RER) dott.ssa Claudia Corbetta (Servizio Approvvigionamenti e Assemblea Legislativa) dott.ssa Patrizia Magarò (servizio amministrazione del servizio sanitario, sociale e socio sanitario RER)

Le presenti Linee Guida sono aggiornate alla data del 31 maggio 2016.

PARTE GENERALE

Inquadramento generale dei Servizi sociali nei diversi livelli di legislazione

Per approfondire le tematiche trattate in queste Linee Guida, sembra utile fornire un breve inquadramento giuridico sul concetto di servizi sociali, in quanto tali servizi possono risultare oggetto di affidamento alla cooperazione sociale da parte degli enti locali e delle Aziende USL.

Questi servizi e le attività produttive e commerciali finalizzate all'inserimento lavorativo di soggetti svantaggiati sono stati oggetto, specie negli ultimi decenni, di particolare attenzione a livello comunitario. Le istituzioni europee, infatti, hanno in più occasioni inteso ribadire la necessità, oltre che l'opportunità, di valorizzare la funzione svolta dai servizi e dalle attività sopra richiamate, quali contributi essenziali alla costruzione di una maggiore e più efficace coesione sociale a livello europeo. Si tratta di un'attenzione che impatta in modo significativo sulle modalità di gestione, organizzazione e realizzazione dei servizi rivolti alla comunità, coinvolgendo in tale ottica gli enti locali, le Aziende USL e le società in mano pubblica. In ragione delle loro responsabilità istituzionali (Comuni e Aziende USL) e di quelle gestionali nei settori di interesse generale (le società in mano pubblica), questi soggetti sono chiamati a definire modalità e strumenti che permettano, da un lato, il rispetto dei principi comunitari di trasparenza, par condicio e non discriminazione e, dall'altro, la piena valorizzazione della capacità progettuale ed organizzativa della cooperazione sociale nell'erogazione dei servizi di interesse generale, in attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale sancito dall'articolo 118, quarto comma, della Costituzione.

Il diritto dell'Unione europea non contempla l'espressione "servizi pubblici" o similari, come invece invalso nell'ordinamento nazionale, ma impiega quella di "servizi di interesse generale".

Il concetto di servizi di interesse generale è riconducibile a prestazioni ed interventi di natura economica che la pubblica autorità identifica essere di particolare importanza per i cittadini (criterio dell'interesse generale) e che, con ogni probabilità, non sarebbero realizzati o, al più, sarebbero realizzati a condizioni diverse, se non vi fosse l'intervento pubblico. Si tratta, dunque, di servizi a "rilevanza economico-imprenditoriale" ma che richiedono, entro certi limiti, l'intervento delle autorità pubbliche.

I servizi di interesse economico generale (SIEG) sono, quindi, una specie del genus servizi di interesse generale: si tratta di servizi resi nell'ambito di un mercato concorrenziale all'interno del quale si trovano ad operare sia soggetti privati sia soggetti pubblici.

L'espressione di SIEG è rinvenibile nel Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, in particolare nell'art. 16, introdotto con il Trattato di Amsterdam, e nell'art. 106, già art. 86 nel Trattato post Maastricht, già art. 90 Tr. CEE (l'ex art. 90).

La qualificazione di SIEG non dipende né dallo status giuridico del soggetto erogatore (pubblico o privato), né dalla natura del servizio erogato. Il carattere economico si misura dalle effettive modalità di prestazione (case by case), dall'organizzazione impiegata e dalle modalità di finanziamento dell'attività svolta.

Nell'ambito dei servizi di interesse generale, si è sviluppato altresì il concetto di "servizi sociali di interesse generale" (SSIG). Si tratta di servizi che non si differenziano tanto in ragione delle formule giuridico-organizzative impiegate per la loro erogazione, quanto piuttosto per le finalità cui i servizi sociali e con essi i sistemi di welfare nazionali e comunitario risultano preordinati. Fra questi è ricompreso l'housing sociale.

Dunque, anche i servizi sociali, accanto ai servizi a rilevanza economica, risultano assoggettati ad una certa influenza del diritto europeo.

L'attenzione da parte dell'Unione Europea nei confronti dei servizi sociali e dell'assistenza in generale è andata progressivamente aumentando nel corso degli ultimi decenni, soprattutto in materia di concorrenza.

Fino ad epoca recente, nel settore dei servizi sociali era assente una "dimensione comunitaria", assenza alla quale si è cercato di porre qualche rimedio con il Trattato di Amsterdam.

La ricostruzione in senso comunitario di una definizione di servizi sociali trova un limite oggettivo nel fatto che i singoli Stati membri godono della "libertà di definizione" dei sistemi di protezione sociale (e sanitaria). In questa cornice, ai servizi sociali (alla persona), i quali alla stregua dei servizi sanitari, indipendentemente dalla modalità di gestione, riguardano i diritti della persona in quanto tale e il suo diritto ad una vita migliore, deve essere riconosciuta una specificità, non rinvenibile in altri comparti di servizi, identificabile nei due seguenti elementi:

1. i servizi alla persona non sono standardizzati, ma erogati in base ai bisogni e non in base a chi li eroga;
2. i servizi sociali sottendono un'interazione personale di carattere peculiare e ad alto contenuto relazionale tra chi li produce e chi li riceve.

Significativa, a questo proposito, appare la comunicazione del 26 aprile 2006, "Attuazione del programma comunitario di Lisbona:

i servizi sociali d'interesse generale in Europa" (COM (2006) 177 def.), con la quale, facendo seguito al Libro bianco e al programma comunitario di Lisbona (SEC (2005) 981) del 20 luglio 2005, viene introdotto il riferimento ai servizi sociali di interesse generale. La Commissione considera i servizi sociali come pilastri della società e dell'economia europee per il loro apporto alla realizzazione dei seguenti obiettivi e valori essenziali della Comunità:

1. il raggiungimento di un elevato livello occupazionale e di protezione sociale,
2. il raggiungimento di un elevato livello di protezione della salute,
3. la parità fra gli uomini e le donne,
4. la coesione economica, sociale e territoriale.

La Commissione ritiene che anche ai servizi sociali si debba applicare un certo livello di "concorrenzialità" che, in uno con la progressiva esigenza di rispondere alle (e prendere in carico le) esigenze particolari di ciascun individuo, determina l'affermarsi di un'economia sociale, contrassegnata, tra l'altro, dal ruolo importante delle organizzazioni senza scopo di lucro. Queste ultime, pertanto, costituiscono attori essenziali nel processo di erogazione e, conseguentemente, di fruizione delle prestazioni sociali, assumendo responsabilità proprie nel quadro complessivo delle garanzie circa i livelli essenziali delle prestazioni.

La Commissione richiama il valore specifico dei servizi sociali, determinato dal carattere vitale dei bisogni che i servizi medesimi sono destinati a soddisfare, garantendo così l'applicazione dei diritti fondamentali della dignità e dell'integrità della persona. La comunicazione del 2006 interviene anche nel contesto organizzativo dei servizi sociali, definendone le principali caratteristiche:

1. il principio di solidarietà, necessario in particolare in caso di mancata selezione dei rischi o in caso di mancanza, a livello individuale, di un'equivalenza fra versamenti e prestazioni;
2. le caratteristiche della globalità e della personalizzazione, che integra la risposta ad esigenze diverse in modo da garantire i diritti fondamentali e tutelare le persone più vulnerabili;
3. l'assenza frequente dello scopo di lucro, spesso collegata alle radici storiche e alla tradizione di quel servizio, con l'obiettivo di affrontare le situazioni più difficili;
4. la partecipazione del volontariato, espressione delle capacità della cittadinanza;
5. il forte radicamento connesso a tradizioni culturali locali, spesso espresso nella prossimità con il beneficiario e della rispondenza alle sue esigenze specifiche;
6. la complessità e la diversificazione dei rapporti fra i fornitori e i beneficiari del servizio, che non può assimilarsi a rapporti fornitore/consumatore e che richiede la partecipazione finanziaria di terzi.

Uno degli aspetti più "controversi" che si affacciano nella trattazione e comprensione dell'esatto perimetro in cui circoscrivere il comparto dei servizi sanitari e dei servizi sociali, è quello relativo al loro assoggettamento o meno al principio della libera concorrenza.

In questa direzione, la Commissione Europea ha espresso il suo favor nei confronti di un approccio più "inclusivo" nei confronti dei servizi sociali e delle modalità gestionali ed organizzative degli stessi in due distinti documenti: nel Libro Verde sui servizi di interesse generale del 2003, e nella citata comunicazione del 26 aprile 2006, "Attuazione del programma comunitario di Lisbona: i servizi sociali d'interesse generale in Europa" (COM (2006) 177 def.).

Entrambi i documenti chiariscono che, ai fini del corretto inquadramento "imprenditoriale" delle attività svolte, anche nel settore dei servizi sociali, si debba prescindere dallo status giuridico (*rectius*: non profit) dell'unità di offerta presa in considerazione nel singolo ordinamento nazionale. Ciò implica un'attenta individuazione della modalità di affidamento dei servizi (sociali) che, muovendo da un approccio "di mercato", deve prevedere l'espletamento di procedure ad evidenza pubblica.

In termini tecnico-giuridici, detta impostazione individua nella rilevanza economica o meno dell'attività svolta e, quindi del servizio erogato, l'elemento che legittima la limitazione delle regole di concorrenza. Questo "orientamento", pertanto, privilegia una prospettiva di analisi in cui la nozione di operatore economico, più

che dal soggetto, deriva dalla specifica attività concretamente svolta secondo i parametri oggettivi indicati dal codice civile.

I servizi sociali, pertanto, debbono essere ricondotti ad una definizione che implica un certo grado di "imprenditorialità" nella natura dei servizi svolti, novità introdotta nel comparto dei servizi sociali in questi ultimi anni, in cui più che in passato si è fatto largo utilizzo di corrispettivi a fronte del servizio reso. Tuttavia, anche se ormai è pacifico che l'attività di erogazione dei servizi sociali abbia una natura anche economica (e non potrebbe essere altrimenti visto che si realizza la prestazione di un servizio contro un corrispettivo), tale attività è subordinata e strumentale all'attuazione di un diritto. Perciò, come ha sottolineato lo stesso Parlamento Europeo, le norme in materia di concorrenza, di aiuti pubblici e di mercato, devono essere compatibili con gli obblighi di servizio pubblico e non viceversa, essendo i servizi sociali svincolati da una logica commerciale e concorrenziale.

Di recente, la configurazione giuridica dei servizi sociali e dei servizi sanitari ha interessato anche la Corte di giustizia, che è stata chiamata a pronunciarsi in merito alla qualificazione giuridico (economica) dei centri di accoglienza, diurni e notturni, per persone anziane: si tratta di un tema di particolare rilevanza e delicatezza, in specie per l'attività e il ruolo delle organizzazioni non lucrative.

La Corte costituzionale belga aveva sottoposto all'attenzione della Corte europea di giustizia la seguente questione: la Direttiva 2006/123/CE, relativa ai servizi nel mercato interno, esclude dall'applicazione delle norme in essa contenute (rectius: dal principio di libera concorrenza) i servizi sanitari in generale e determinati servizi sociali prestati secondo diverse modalità. In questo senso, la Corte costituzionale belga ha chiesto se i centri di accoglienza diurni e notturni per persone anziane costituiscano servizi sanitari o sociali, e conseguentemente, possano essere esclusi dall'applicazione del principio di libera concorrenza.

Per quanto riguarda i servizi sanitari, si ricorda che essi, indipendentemente dal fatto che vengano prestati o meno nel quadro di una struttura sanitaria e a prescindere dalle loro modalità di organizzazione o di finanziamento sul piano nazionale e dalla loro natura pubblica o privata sono esclusi dalle regole sulla concorrenza.

Ma i centri diurni e notturni per anziani sono riferibili a "servizi sanitari"? Secondo taluni no in quanto la loro attività principale non consiste nella prestazione di servizi sanitari e, quindi, essi dovrebbero risultare assoggettati alla direttiva servizi del 2006. Al contrario, nel caso di specie, l'ente pubblico territoriale belga riteneva che essi siano da considerare quali "servizi sanitari", in quanto essi evidenziano la stretta connessione tra detti centri e le strutture che prestano trattamenti più intensivi, come i centri sanitari veri e propri.

Si tratta di un tema delicato e complesso che, con un occhio al sistema italiano, implica conseguenze sul piano giuridico-amministrativo di non poco conto. La logica è quella di sottrarre dalle deroghe previste dalla direttiva sui servizi del 2006 quei servizi, "apparentemente" sanitari e sociali, per ricondurli nell'ambito delle regole sulla concorrenza.

Con sentenza dell'11 luglio 2013, la I sezione della Corte UE ha risposto in modo molto articolato alla questione sollevata. In estrema sintesi la Corte ha affermato che:

"L'articolo 2, paragrafo 2, lettera f), della direttiva 2006/123 dev'essere interpretato nel senso che l'esclusione dei servizi sanitari dall'ambito di applicazione di tale direttiva comprende qualsiasi attività finalizzata a valutare, mantenere o ripristinare le condizioni di salute dei pazienti, sempre che tale attività sia fornita da professionisti riconosciuti come tali in base alla legislazione dello Stato membro interessato, a prescindere dalle modalità di organizzazione e di finanziamento e dalla natura pubblica o privata della struttura in cui le cure sono assicurate. Spetta al giudice nazionale verificare se i centri di accoglienza diurni e i centri di accoglienza notturni, in funzione della natura delle attività ivi esercitate da professionisti sanitari e del fatto che esse costituiscano la parte principale dei servizi offerti da tali centri, siano esclusi dall'ambito di applicazione di tale direttiva.

L'articolo 2, paragrafo 2, lettera j), della direttiva 2006/123 dev'essere interpretato nel senso che l'esclusione dei servizi sociali dall'ambito di applicazione di tale direttiva si estende a qualsiasi attività relativa, in

particolare, all'ausilio e all'assistenza alle persone anziane, sempre che sia esercitata da un prestatore di servizi privato incaricato dallo Stato mediante un atto che conferisce in modo chiaro e trasparente un vero e proprio obbligo di garantire siffatti servizi, rispettando determinate condizioni di esercizio specifiche. Spetta al giudice nazionale verificare se i centri di accoglienza diurni e i centri di accoglienza notturni, in funzione della natura delle attività di ausilio e di assistenza alle persone anziane svolte a titolo principale nei centri medesimi nonché del loro status risultante dalla normativa belga applicabile, siano esclusi dall'ambito di applicazione di tale direttiva." È utile, a questo punto, ricordare che gli Stati membri mantengono competenza propria e, quindi, primaria, nella definizione dei sistemi di protezione sociale e sanitaria. Infatti, costituisce una prerogativa collegata alla sovranità nazionale dei singoli Stati membri quella relativa alla selezione dei bisogni essenziali, alla loro qualificazione come meritevoli di essere equiparati ad interessi pubblici, nonché alla predisposizione di modelli organizzativi idonei al soddisfacimento dei medesimi bisogni, ivi compresa la funzione di accreditamento e autorizzazione dei soggetti deputati all'erogazione delle prestazioni richieste dal sistema.

L'ordinamento statale italiano definisce "servizi sociali" tutte le attività relative alla predisposizione ed erogazione di servizi gratuiti e a pagamento, o di prestazioni economiche destinate a rimuovere e superare le situazioni di bisogno e di difficoltà che la persona umana incontra nel corso della sua vita, escluse soltanto quelle assicurate dal sistema previdenziale e da quello sanitario, nonché quelle assicurate in sede di amministrazione della giustizia (articolo 128 comma 2 del Decreto Legislativo 31 marzo 1998, n. 112).

Come noto, con la legge 8 novembre 2000, n. 328 "Legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali" il legislatore statale ha inteso realizzare gli interventi e i servizi sociali in modo unitario e integrato, prevedendo che gli Enti locali, le Regioni e lo Stato, ognuno nell'ambito delle proprie competenze, in una logica di decentramento rispettoso delle autonomie e delle specificità locali, provvedono alla programmazione degli interventi e delle risorse, secondo principi di coordinamento e di integrazione tra gli interventi sanitari e dell'istruzione e le politiche attive del lavoro.

Il sistema integrato è caratterizzato dal coordinamento degli interventi assistenziali con quelli sanitari e dalla rilevanza riconosciuta al livello territoriale di zona.

Un'importante innovazione della legge quadro è l'aver introdotto gli organismi del Terzo settore accanto ai soggetti istituzionali, chiedendo a questi ultimi di riconoscere e agevolare il ruolo del non profit in quanto soggetto attivo nella progettazione e nella realizzazione del sistema integrato dei servizi. Con il D.P.C.M. 30 marzo 2001, recante "Atto di indirizzo e coordinamento sui sistemi di affidamento dei servizi alla persona ai sensi dell'art. 5 della L. 8 novembre 2000, n. 328" sono forniti indirizzi per la regolazione dei rapporti tra Comuni e loro forme associative con i soggetti del Terzo settore ai fini dell'affidamento dei servizi previsti dalla legge n. 328 del 2000, nonché per la valorizzazione del loro ruolo nell'attività di programmazione e progettazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali.

A livello regionale, la materia è stata disciplinata dalla Regione Emilia-Romagna con la legge regionale 12 marzo 2003, n. 2 "Norme per la promozione della cittadinanza sociale e per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali".

Le finalità della legge regionale, oltre che a dare piena attuazione di quanto stabilito nella legge nazionale quadro con riferimento alla realizzazione di un sistema integrato regionale, sono quelle di definire responsabilità e compiti dei soggetti che concorrono alla realizzazione del sistema e di collocare nell'ambito di tale sistema (provvedendo a darvi un inquadramento organico), una serie di interventi già patrimonio del sistema di welfare regionale.

La portata innovativa del sistema è la previsione della sua realizzazione mediante l'integrazione delle politiche sociali con le altre politiche, in particolar modo quelle sanitarie, e mediante la partecipazione e l'integrazione dei soggetti pubblici e privati che operano a vario titolo nel sistema, attribuendo loro specifiche responsabilità in ossequio al principio della sussidiarietà.

In particolare, gli interventi e i servizi del sistema integrato mirano a prevenire, rimuovere o ridurre le condizioni di bisogno e di disagio individuale e familiare derivanti da limitazioni personali e sociali, da condizioni di non autosufficienza, da difficoltà economiche e consistono in:

- prestazioni socio-assistenziali finalizzate alla promozione sociale e a sostenere le persone e le famiglie attraverso la predisposizione e l'erogazione di servizi e prestazioni economiche;
- prestazioni socio-sanitarie, caratterizzate da percorsi assistenziali integrati per rispondere ai bisogni di salute, di recupero e di mantenimento delle autonomie personali, d'inserimento sociale e miglioramento delle condizioni di vita.

Dalla sintetica analisi dei diversi ordinamenti emerge abbastanza chiaramente la non univocità del concetto di servizi sociali: la "dimensione comunitaria" considera i servizi sociali, che riguardano i diritti della persona in quanto tale e il suo diritto ad una vita migliore, come servizi alla persona non standardizzati, ma erogati in base ai bisogni e non in base a chi li eroga, che sottendono un'interazione personale di carattere peculiare e ad alto contenuto relazionale tra chi li produce e chi li riceve, e caratterizzati da un certo grado di "imprenditorialità"; il livello nazionale definisce i servizi sociali come tutte quelle attività relative alla predisposizione ed erogazione di servizi gratuiti e a pagamento, o di prestazioni economiche destinate a rimuovere e superare le situazioni di bisogno e di difficoltà che la persona umana incontra nel corso della sua vita; infine il legislatore della Regione Emilia-Romagna, il quale intende ricondurre al sistema integrato regionale una serie articolata di interventi e servizi: sociali, socio-assistenziali, socio-sanitari e socio-educativi, riconducibili ad un concetto molto vasto di servizi sociali.

PARTE SPECIALE

La cooperazione sociale

Le cooperative sociali sono state introdotte nel nostro ordinamento dalla legge 8 novembre 1991 n. 381, recante la Disciplina delle cooperative sociali. Questa legge, la cui vigenza ed attualità è stata confermata dal Nuovo Codice dei contratti pubblici, rappresenta una novità poiché, per la prima volta, viene definita e regolamentata una tipologia di impresa cooperativa che in quanto tale si caratterizza per perseguire scopi di natura pubblicistica e di mutualità esterna pur mantenendo natura privatistica per quanto concerne la forma organizzativa.

L'articolo 1 della citata legge recita: "Le cooperative sociali hanno lo scopo di perseguire l'interesse generale della comunità alla promozione umana e all'integrazione sociale dei cittadini attraverso:

- a. la gestione dei servizi socio- sanitari ed educativi;
- b. lo svolgimento di attività diverse - agricole, industriali, commerciali o di servizi - finalizzate all'inserimento lavorativo di persone svantaggiate".

Pertanto, gli scopi di tali società sono sia la crescita economica, sia il miglioramento del benessere sociale, attraverso la gestione di un'azienda che è comunque finalizzata alla creazione di un utile d'impresa. Si delinea così un nuovo concetto d'impresa cooperativa il cui scopo non è solo quello di creare benefici ai partecipanti ma anche all'intera collettività del territorio nel quale la cooperativa opera. Questo assunto viene anche ripreso dalla legge regionale 17 luglio 2014, n. 12 dove all'articolo 1 (Finalità) comma 1 è previsto che "La Regione Emilia-Romagna nell'ambito delle proprie competenze [...] con la presente legge riconosce e sostiene il ruolo e la funzione pubblica esercitata dalle cooperative sociali [...] affermandosi come imprese di carattere sociale che costruiscono coesione sociale e beni relazionali, anche in rapporto di sussidiarietà con le Amministrazioni Pubbliche, con cui collaborano in maniera sinergica per l'erogazione di beni e servizi".

Prendendo avvio dalla legge 8 novembre 1991 n. 381, essa individua due distinte tipologie di cooperative sociali:

- cooperative di tipo A, che hanno lo scopo di perseguire l'interesse generale della comunità alla promozione umana e all'integrazione sociale dei cittadini attraverso la gestione di servizi socio-sanitari ed educativi;
- cooperative di tipo B, che si dedicano allo svolgimento di attività diverse dalle precedenti (agricole industriali, commerciali o di servizi), ma finalizzate all'inserimento lavorativo di persone svantaggiate.

Tuttavia, in considerazione del fatto che molte aree di bisogno e di svantaggio per la loro peculiarità comportano interventi funzionalmente collegati, il Ministero del Lavoro - Direzione Generale della Cooperazione, Divisione II, Circolare n. 153/1996 - ha ammesso la possibilità che le cooperative sociali siano contemporaneamente di tipo A e di tipo B, purché ricorrano le seguenti condizioni:

1. Le tipologie di svantaggio e/o le aree di intervento esplicitamente indicate nell'oggetto sociale siano tali da postulare attività coordinate per l'efficace raggiungimento delle finalità attribuite alle cooperative sociali (art. 1, L. 381/1991);
2. Il collegamento funzionale fra le attività di tipo A e B risulti chiaramente indicato nello statuto sociale;
3. L'organizzazione amministrativa delle cooperative consenta la netta separazione delle gestioni relative alle attività esercitate ai fini della corretta applicazione delle agevolazioni concesse dalla vigente normativa.

L'intento di elevare le medesime a interlocutori preferenziali della pubblica amministrazione nell'espletamento di attività di grande rilevanza sociale - quali quelle socio sanitarie ed educative (cooperative di tipo A), nonché quelle funzionali all'inserimento lavorativo delle persone svantaggiate (cooperative di tipo B)- si esprime, secondo il dettato della legge n.

381/1991, nell'introduzione di un regime derogatorio, rispetto a quello applicabile alla generalità dei contratti pubblici che presiede lo svolgimento delle procedure di gara, talché la L. 381/1991 ha "valenza eccezionale ed in quanto tale deve essere interpretata in maniera restrittiva. Ne consegue che non essendo suscettibile di interpretazione estensiva e di applicazione analogica, non è possibile fare rientrare nel suo campo di applicazione contratti diversi da quelli specificatamente indicati (2) ".

Le cooperative sociali di tipo A

L'attività delle c.d. cooperative di tipo a), meglio disciplinate dagli articoli 2 e 4 della L.R. 12/2014, riguarda i servizi sociali, considerati in un'accezione ampia, comprensiva cioè dei servizi socio-sanitari, socio-assistenziali e socio-educativi.

La disciplina di riferimento è rappresentata dalla legge statale n. 328 del 2000 e ss.mm. e relative fonti regolamentari ed attuative, declinata a livello regionale tenendo conto della specificità dell'organizzazione degli enti territoriali.

Chiarita la competenza legislativa regionale e, quanto ai principi generali, dello Stato, occorre precisare che i soggetti titolari delle funzioni amministrative sono i comuni, organizzati su area vasta, nell'ambito dei c.d. distretti socio-sanitari, comprendenti anche le Aziende Sanitarie Locali.

La progettazione e gestione del sistema locale dei servizi sociali ed erogazione delle relative prestazioni ai cittadini, secondo quanto previsto dall'art. 118, quarto comma, della Costituzione (principio della sussidiarietà orizzontale) costituisce una funzione fondamentale dei comuni (D.L. 95/2012 e ss. mm.).

La specificità della materia dei servizi sociali, caratterizzata dalla funzione "mediata" della P.A. rispetto alla tutela dell'utenza, è stata di recente evidenziata con riferimento all'applicazione della disciplina sulla centralizzazione degli acquisti da parte delle Centrali di committenza e mediante utilizzo del mercato elettronico (CONSIP e Mepa), esclusa dalla Corte dei conti sull'affermata prevalenza della disciplina generale della legge 328/2000 (nei termini, Corte dei Conti, Sezione Regionale di Controllo per la Lombardia, 169/2015/PAR).

Passando al tema delle procedure, va ribadito che i Comuni, singoli ed associati, non possono - sulla base della vigente disciplina - riservare ai soggetti del Terzo Settore l'affidamento di tali servizi, ma tanto la disciplina statale che quella regionale vigente stabiliscono un regime di preferenzialità per tali soggetti in ragione della rilevanza costituzionale del principio di sussidiarietà.

Ai soggetti del Terzo Settore e dunque alle cooperative sociali e loro consorzi la legge riconosce un ruolo attivo nella stessa progettazione del sistema locale dei servizi sociali, in ragione del loro radicamento

territoriale, della conoscenza diretta e non mediata dei bisogni dell'utente finale e della loro capacità di fungere da collegamento fra le P.A., titolari del servizio, e l'utenza finale (comprensiva delle reti familiari).

Infatti, nella legge 328/2000 ed in particolare nel relativo D.P.C.M. 30 marzo 2001 (articolo 7) si prevede che "valorizzando e coinvolgendo attivamente i soggetti del terzo settore, i comuni possono indire istruttorie pubbliche per la co-progettazione di interventi innovativi e sperimentali su cui i soggetti del terzo settore esprimono disponibilità a collaborare con il comune per la realizzazione degli obiettivi".

La disposizione consente pertanto alle amministrazioni di avvalersi di forme pubbliche di consultazione per il reperimento di soggetti del terzo settore o di altri soggetti senza scopo di lucro per la definizione congiunta, già dalle fasi progettuali, di interventi relativi a specifiche problematiche sociali.

La co-progettazione, considerata la sua particolare natura e le modalità di svolgimento delle relative procedure, si configura come uno strumento che supera il tradizionale rapporto committente fornitore per essere strumento per la realizzazione di forme di collaborazione e partnership.

Dal punto di vista procedurale, per l'attuazione di questi istituti, si possono evidenziare le seguenti fasi:

1. indizione di un bando pubblico mediante il quale è esternata la volontà dell'ente di procedere alla selezione di uno o più soggetti con cui sviluppare attività di coprogettazione, con valore indicativo del servizio in affidamento;
2. presentazione delle offerte consistenti in proposte e azioni progettuali preliminari negli specifici ambiti di intervento definiti dal soggetto che ha indetto il bando;
3. valutazione delle offerte progettuali presentate secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa;
4. progettazione congiunta tra i responsabili tecnici del soggetto selezionato ed i responsabili dell'ente pubblico mediante fase istruttoria che prende a riferimento i progetti preliminari (o di massima) presentati dal soggetto selezionato e procede alla loro discussione critica, alla definizione di variazioni ed integrazioni coerenti con i programmi dell'Ente ed alla definizione degli aspetti esecutivi. In particolare attraverso:
 - a. la definizione analitica e di dettaglio degli obiettivi da conseguire;
 - b. la definizione degli elementi e delle caratteristiche di innovatività, sperimentazione e miglioramento della qualità degli interventi e dei servizi coprogettati;
 - c. la definizione negoziale del costo delle diverse prestazioni;
 - d. l'individuazione delle prestazioni migliorative e dei relativi costi ed economie;
5. stipula di una convenzione con il soggetto (o con più soggetti) risultato vincitore per la definizione dei reciproci rapporti.

Tornando alle "forme" di affidamento dei servizi sociali, la legge regionale 12/2014 sulla cooperazione sociale, per quanto riguarda procedure di affidamento, per le ragioni fin qui spiegate, ha fatto rinvio alla disciplina di settore applicabile al caso concreto e dunque:

1. legge 12 marzo 2003, n. 2 per quanto riguarda i servizi sociali, socio-assistenziali, socio-sanitari e sanitari;
2. legge 10 gennaio 2000, n. 1 in ordine ai servizi educativi e socio-educativi.

In estrema sintesi, l'attuale quadro normativo - analogamente ad altre Regioni italiane - prevede due modalità di affidamento del servizio, secondo i termini ed i requisiti ivi previsti:

- a. accreditamento;
- b. procedure di gara ad evidenza pubblica.

Accreditamento dei servizi socio-sanitari nella regione Emilia-Romagna

Con le regole per l'accreditamento (che sono state definite dalla Regione cercando il costante confronto con i Comuni, le parti sociali e i soggetti gestori), si è mirato a superare il sistema, ritenuto inadeguato, dell'aggiudicazione dei servizi sociosanitari tramite gare di appalto, in coerenza con quanto previsto dalla legge 328/2000.

L'art. 11 della L. 328/2000, infatti, lascia alle Regioni la definizione delle regole per l'accreditamento socio sanitario e la Regione Emilia-Romagna ha costruito un quadro normativo organico (rinvenibile negli articoli 38 e 41 della L.R. 2/2003; nell'art. 23 della L.R. 4/2008; nella Delib.G.R. 772/2007 e nella Delib.G.R. 514/2009) che individua come presupposto di tutto il processo la programmazione territoriale da parte degli Enti locali che definisce il livello di servizi da garantire ai cittadini e che garantisce una maggiore qualità, stabilità e omogeneità nella gestione dei servizi prevedendo precisi standard qualitativi, la responsabilità di un unico soggetto gestore, l'integrazione con i servizi sanitari per la presa in carico complessiva delle persone e dei loro bisogni.

L'accreditamento si rivolge unicamente a quella gamma di servizi socio-sanitari caratterizzati, ai sensi dell'articolo 38 della L.R. 2/2003, da un finanziamento pubblico prevalente, da scopi solidaristici, da bisogni di cura e da adeguatezza, flessibilità e personalizzazione degli interventi la cui regolamentazione è rimessa, per i profili organizzativi e gestionali, alla competenza normativa regionale (v. anche sentenza Corte Costituzionale n. 272/2004).

La Delib.G.R. 514/2009 "Primo provvedimento della Giunta regionale attuativo dell'art. 23 della L.R. 4/08 in materia di accreditamento dei servizi sociosanitari", tra l'altro, prevede espressamente che "Lo strumento dell'accreditamento non è riconducibile allo schema dell'appalto di servizi e consiste invece in un provvedimento amministrativo discrezionale che l'Amministrazione competente adotta al termine di un procedimento valutativo da effettuarsi in coerenza con le decisioni adottate in sede di programmazione e alle logiche ed ai requisiti di qualità dei servizi erogati".

L'accreditamento è infatti finalizzato ad individuare i servizi e le strutture necessari per la copertura del fabbisogno espresso nella programmazione territoriale e consente, a seguito dell'espletamento di procedure nelle quali dovranno essere dimostrati da parte dei soggetti gestori i requisiti di qualità nella conduzione e nell'erogazione del servizio, l'instaurazione dei rapporti di servizio pubblico tra i soggetti titolari della committenza dei servizi sociosanitari ed i soggetti gestori/erogatori di tali servizi, le cui relazioni vengono disciplinate attraverso un apposito contratto di servizio.

L'accreditamento è, pertanto, una fattispecie complessa a formazione progressiva, che poggia su tre passaggi giuridico-operativi: autorizzazione, accreditamento e contratto di servizio.

Per quanto riguarda la sua natura giuridica, l'accreditamento rientra nella figura della concessione, ovvero sia la P.A. rimane titolare del servizio, mentre la relativa gestione viene affidata, sulla base di valutazioni anche di tipo discrezionali, a terzi, purché sussistano tutti i requisiti e le condizioni previste dalla disciplina applicabile, che - al venire meno - comporta la decadenza/revoca del predetto rapporto.

Nelle procedure di accreditamento vengono, in ogni caso, richiamati e rispettati i principi di pubblicità, trasparenza, non discriminazione. Al riguardo si precisa che "pubblicità" significa che il percorso decisionale e, prima ancora, l'intenzione di accreditare devono essere accompagnate da forme di conoscibilità rivolte ai diversi soggetti interessati. "Trasparenza" e "non discriminazione" significano che le decisioni finali devono essere motivate, che nell'assunzione del provvedimento occorre garantire una partecipazione dei soggetti interessati, riconoscendo loro il diritto a tutte le informazioni necessarie, che deve essere assicurata imparzialità nella procedura e nella decisione finale, assicurando parità di trattamento rispetto ai criteri di valutazione predeterminati.

La procedura di selezione, coerentemente con tali principi, è delineata nella Delib.G.R. 514/2009 al punto 7.3.1 dove si fa riferimento ad una gara informale con avviso pubblico e invito rivolto ad almeno 5 soggetti, assicurando nella selezione quanto previsto dalla Delib.G.R. n. 772/2007, ossia il rispetto di tutti i criteri e i requisiti dell'accreditamento (con riferimento al modello organizzativo che viene presentato) nonché l'indicazione di altri aspetti che illustrano soluzioni di funzionamento del servizio che si pongono oltre il livello indispensabile per essere accreditati e che qualificano ulteriormente il modello organizzativo, tenendo conto del rispetto degli ulteriori canoni di valutazione dei soggetti gestori: trasparenza, socialità, radicamento territoriale, capacità organizzativa, efficienza imprenditoriale, promozione della qualità del lavoro, applicazione della contrattazione di 1° e 2° livello, assicurando il pieno riconoscimento del ruolo e della rilevanza sociale della cooperazione sociale come previsto dall'art. 20 della L.R. 2/2003.

Le cooperative sociali di tipo B

Modalità di affidamento

La legge 8 novembre 1991 n. 381, recante la "Disciplina delle cooperative sociali", nel suo testo originario, dettava disposizioni specifiche relativamente agli affidamenti nei confronti delle cooperative di tipo b.

Prevedeva infatti 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. Per la stipula delle convenzioni di cui al comma 1 le cooperative sociali debbono risultare iscritte all'albo regionale di cui all'articolo 9, comma 1. Gli analoghi organismi aventi sede negli altri Stati membri della Comunità europea debbono essere in possesso di requisiti equivalenti a quelli richiesti per l'iscrizione a tale albo e risultare iscritti nelle liste regionali di cui al comma 3, ovvero dare dimostrazione con idonea documentazione del possesso dei requisiti stessi".

La specialità rispetto alle regole della contrattualistica pubblica si sostanzia in due ordini di previsioni, applicabili rispettivamente agli affidamenti per l'acquisizione di beni e servizi di importo superiore ed inferiore alla soglia comunitaria:

1. nel primo caso, vale a dire per i contratti di importo pari o superiore alla soglia comunitaria, la legge n. 381 del 1991, prevede all'art. 5, comma 4, che l'affidamento avvenga attraverso lo svolgimento di una gara d'appalto, aperta a tutti i soggetti for profit e non profit, nel cui ambito è comunque consentito alla stazione appaltante l'inserimento tra le condizioni d'esecuzione dell'appalto dell'obbligo di eseguire il contratto con l'impiego delle persone svantaggiate di cui all'art. 4, comma 1, e con l'adozione di specifici programmi di recupero e inserimento lavorativo. In altri termini, le succitate previsioni configurano per gli affidamenti di importo superiore alla soglia comunitaria (pari a euro 209.000 per tutte le amministrazioni pubbliche e a euro 135.000 solo per i Ministeri e le amministrazioni centrali dello Stato) (3) la possibilità per le cooperative di tipo B, che promuovono istituzionalmente l'inserimento di persone svantaggiate, di avvantaggiarsi maggiormente, rispetto agli altri operatori economici partecipanti alla gara d'appalto, della clausola di tipo esecutivo -che la stazione appaltante può inserire nel bando di gara e nel capitolato d'appalto - il cui contenuto è quello di assicurare l'espletamento delle attività di cui è questione con l'impiego di persone svantaggiate attraverso l'adozione di specifici programmi di recupero e di inserimento lavorativo;

2. nel secondo caso, vale a dire per i contratti di importo inferiore alla soglia comunitaria, la legge prevede all'art. 5, comma 1, la possibilità per gli enti pubblici, compresi quelli economici e le società di capitali a partecipazione pubblica, di stipulare convenzioni solo con le cooperative di tipo B (si tratta di convenzioni riservate proprio in considerazione di tale limitazione), a condizione che siano iscritte all'albo regionale delle cooperative sociali o siano in possesso di requisiti equivalenti, ovvero diano dimostrazione con idonea documentazione del possesso dei requisiti stessi (art. 5, comma 2, L. 381/1991). In altri termini, per gli affidamenti di importo inferiore alla soglia comunitaria, le succitate previsioni configurano la possibilità di derogare alle regole della gara aperta al libero gioco della concorrenza, individuando, nel meccanismo delle convenzioni alle cooperative di tipo B, una corsia preferenziale per le medesime, che nasce con lo scopo di

perseguire l'interesse generale della comunità alla promozione e all'integrazione dei cittadini di cui all'art. 45 della Costituzione, proprio per questo possono accedere al sistema degli appalti secondo un regime particolare. Giova infine sottolineare che le disposizioni di cui all'art. 5, comma 1, L. 381/1991, (Convenzioni a cooperative di tipo B) e all'art. 112 del Nuovo Codice dei contratti pubblici, pur accomunate dalla identica natura eccezionale e derogatoria (rispetto alla legislazione sui contratti pubblici) e dalla medesima finalità di protezione delle persone svantaggiate, hanno ambiti di applicazione e regolano fattispecie differenti e non sovrapponibili fra loro.

Infatti l'art. 112, fatte salve le norme vigenti sulle cooperative sociali e sulle imprese sociali, prevede che le stazioni appaltanti possano "riservare il diritto di partecipazione alle procedure di appalto e a quelle di concessione o possano riservarne l'esecuzione ad operatori economici o a cooperative sociali e loro consorzi il cui scopo principale sia l'integrazione sociale e professionale delle persone con disabilità o svantaggiate o possano riservarne l'esecuzione nel contesto di programmi di lavoro protetti quando almeno il 30 per cento dei lavoratori dei suddetti operatori economici sia composto da lavoratori con disabilità o da lavoratori svantaggiati". Dunque l'art. 112 amplia gli ambiti di applicabilità degli appalti riservati, rispetto ai limiti contenuti nel disposto dell'art. 52 del D.Lgs. 163/2006, senza peraltro limitare la riserva solo alle cooperative di tipo B.

In questo caso non si tratta di una specifica riserva a favore delle sole cooperative sociali di tipo B, che è invece prevista dal citato art. 5, comma 1 della L. 381/1991. Al riguardo si ricorda che la legge 23 dicembre 2014, n. 190 (legge di stabilità 2015) ha modificato tale comma disponendo che l'affidamento delle convenzioni in parola sia preceduto da un confronto concorrenziale (si prevede espressamente che "le convenzioni di cui al presente comma sono stipulate previo svolgimento di procedure di selezione idonee ad assicurare il rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di efficienza").

Dunque, allo stato attuale, si può dire che le convenzioni in oggetto possono essere stipulate entro i seguenti limiti:

1. Attività oggetto di esecuzione del contratto: come si è già sottolineato, la disciplina in esame, in quanto derogatoria rispetto al principio della gara pubblica, ha valenza eccezionale ed in quanto tale deve essere interpretata in maniera restrittiva, potendola applicare solo ai contratti il cui oggetto riguarda la fornitura di beni e servizi diversi da quelli socio-sanitari ed educativi;

2. Soggetti beneficiari della convenzione: sono soggetti beneficiari delle convenzioni per l'espletamento delle attività di cui all'art. 1, comma 1, lett. b) L. 381/1991 esclusivamente le cooperative sociali di tipo B, le cooperative miste per la parte finalizzata all'inserimento di persone svantaggiate, purché abbiano almeno il 30% dei lavoratori (soci o non) costituito da persone svantaggiate, i consorzi di cooperative sociali, purché costituiti almeno al 70% da cooperative sociali a condizione che le attività convenzionate siano svolte esclusivamente da cooperative sociali di inserimento lavorativo. Altra condizione è l'iscrizione all'Albo regionale delle cooperative sociali (su cui ci soffermeremo oltre) e laddove l'Albo non sia stato istituito, le cooperative sociali devono, comunque, attestare il possesso dei requisiti previsti dagli artt. 1 e 4 della legge 381/1991. Infine l'ente pubblico aggiudicatore (o la società di capitali partecipata) deve giustificare la conclusione delle convenzioni con le cooperative di tipo B sulla base dell'esigenza di creare opportunità di lavoro per le persone svantaggiate.

3. Le procedure di affidamento: le modalità di affidamento di servizi e forniture di importo sotto la soglia comunitaria alle cooperative sociali di tipo B, che svolgono attività di cui alla lett. b) dell'art. 1, sono le seguenti: a) con convenzione riservata, preceduta obbligatoriamente da un confronto concorrenziale tra soggetti a pari titolo legittimati a divenirne parti - le sole cooperative di tipo B - nel rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di efficienza. Si consente, in tal modo, la partecipazione alla gara di tutte le cooperative di tipo B in possesso dei requisiti richiesti dal bando senza discriminazione in base alla nazionalità e alla residenza; b) con convenzione riservata diretta, ossia senza il preliminare espletamento di una gara vera e propria, ma solo nei casi previsti in modo tassativo ed eccezionale dal legislatore.

Nel primo caso (punto 3. lett. a) si deve dunque dare vita ad un meccanismo di affidamento del confronto concorrenziale con procedure idonee ad assicurare il rispetto dei principi di trasparenza, non discriminazione, efficienza e rotazione (che è da applicare a fronte di prestazioni standardizzate e con un prezzo uniforme). Sul punto l'Anac, nelle Linee guida per l'affidamento dei servizi a enti del terzo settore e alle cooperative

sociali (delibera 20 gennaio 2016, n. 32) ha specificato che, in assenza di previsioni alternative circa la procedura di affidamento da utilizzare, si ritiene che la materia debba essere disciplinata secondo i canoni previsti dal Codice dei Contratti, avendo a riferimento la natura degli affidamenti (4) .

Poiché l'art. 5, comma 1, della legge n. 381 del 1991 consente l'affidamento "anche in deroga alla disciplina in materia di contratti della pubblica amministrazione", ma richiede altresì un confronto concorrenziale, nella vigenza del Nuovo Codice dei contratti pubblici si ritiene che la disciplina da assumere a riferimento sia quella prevista dall'art. 36, comma 1 lett. b) che, in via generale, prevede un invito ad almeno cinque operatori economici.

Quanto al secondo caso (punto 3. lett. b), bisogna evidenziare quanto previsto dalla legge regionale Emilia-Romagna, 17 luglio 2014, n. 12.

Si evidenzia in primo luogo che l'art. 9 della suddetta legge prevede che le disposizioni citate si applichino alla Regione, agli enti ed alle agenzie da essa dipendenti, alle società partecipate, nonché alle Aziende del servizio sanitario regionale (SSR), mentre gli enti locali, anche organizzati in forma associata, possono, e quindi non devono, applicare le disposizioni di cui al Titolo III nell'esercizio dell'azione amministrativa. Dunque, è lasciata all'ente territoriale la decisione sulla scelta discrezionale di quale normativa applicare, se statale o regionale. Nel caso opti per quest'ultima soluzione, la Regione può supportare gli enti locali nell'applicazione della legge regionale anche mediante appositi accordi o protocolli d'intesa.

Quanto agli affidamenti, l'art. 12 comma 3 prevede espressamente che "l'affidamento dei servizi avviene ai sensi dell'art. 5, comma 1, della legge n. 381 del 1991, garantendo un adeguato confronto concorrenziale tra gli operatori, ai sensi della disciplina vigente in materia di contratti pubblici e nel rispetto dei principi fondamentali della trasparenza dell'azione amministrativa. È fatto salvo l'affidamento diretto, adeguatamente motivato, nelle ipotesi normativamente previste".

Dunque la stessa legge regionale da un lato fa riferimento alla necessità di un confronto concorrenziale per quanto riguarda l'affidamento alle cooperative di tipo b. Dall'altro però fa salvo l'affidamento diretto, adeguatamente motivato, nelle sole ipotesi previste dalle norme.

Le ipotesi di affidamento diretto normativamente previste sono dunque essenzialmente quelle ora contenute nel Nuovo Codice dei contratti pubblici, ovvero: l'affidamento diretto sotto i 40.000 euro ai sensi dell'art. 36, comma 2 lett. a) ai sensi del quale le stazioni appaltanti procedono "per affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro, mediante affidamento diretto, adeguatamente motivato"); gli affidamenti di cui all'art. 63 (in base al quale "Nei casi e nelle circostanze indicati nei seguenti commi, le amministrazioni aggiudicatrici possono aggiudicare appalti pubblici mediante una procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, dando conto con adeguata motivazione, nel primo atto della procedura, della sussistenza dei relativi presupposti").

Pertanto non è stata cancellata allo stato attuale dal legislatore nazionale la possibilità di fare la convenzione riservata diretta per i contratti sotto soglia, seppur nei limiti ed alle particolari condizioni previste anche dal Nuovo Codice dei contratti pubblici: cioè ai sensi degli articoli 36, comma 2 lett. a) (servizi e forniture per i contratti inferiori a euro 40.000) e 63 (procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando). Si rammenta che le ipotesi di cui all'art. 63 sono tassativamente previste, e si riconducono essenzialmente a ragioni di estrema urgenza oppure a ragioni di natura tecnica o artistica, ovvero attinenti alla tutela di diritti di esclusiva: si tratta di casi tassativamente previsti nell'ambito della procedura negoziata senza pubblicazione del bando che ha, perciò, carattere eccezionale rispetto a quelle ordinarie di selezione degli affidatari dei contratti pubblici. Tale procedura negoziata, ora regolamentata dall'art. 63, si articola in due fasi: individuazione dei soggetti da invitare al confronto mediante informazioni desunte dal mercato - ossia tramite indagini di mercato e selezione degli operatori da invitare a presentare l'offerta in base al tipo di condizioni contrattuali che essi sono disposti a praticare - (non si procede in tal modo quando l'amministrazione è a conoscenza che un solo operatore economico è oggettivamente in grado di eseguire l'appalto, quindi tratta con lui direttamente); analisi e valutazioni delle offerte presentate da operatori economici tramite gara ufficiosa alla quale devono essere invitati almeno cinque operatori economici.

Dunque, se è vero che alla convenzione riservata previo svolgimento di una gara fra le cooperative di tipo B, si continua ad affiancare la convenzione riservata diretta nei limiti dianzi citati, è altrettanto vero che la prima modalità rappresenta la regola, mentre la convenzione riservata diretta è comunque l'eccezione.

Quindi, concludendo, gli affidamenti sotto soglia comunitaria alle cooperative di tipo b possono avvenire nei seguenti modi:

a) convenzione riservata alle cooperative di tipo B tramite confronto competitivo fra le cooperative medesime, quindi, con procedura rispettosa dei principi comunitari in materia, ai sensi dell'art. 5, comma 1, L. 381/1991, come integrato dall'art. 1, comma 610, L. 190/2014, dunque in applicazione delle specifiche disposizioni di cui all'art. 36, comma 2, lett. b) del Nuovo Codice dei contratti pubblici;

b) convenzione riservata diretta, cioè senza gara (ex art. 5, comma 1, L. 381/1991) nei casi tassativamente previsti dagli artt. 63 (procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando) e 36, comma 2 lett. a) (contratti sottosoglia) del Nuovo Codice dei contratti pubblici, che fino a euro 40.000 consente l'affidamento diretto.

A queste ipotesi si devono poi aggiungere quelle relative agli appalti riservati, ai sensi degli artt. 112 e 143 del Nuovo Codice dei contratti pubblici, da affidare secondo le procedure da questo previste.

Affidamenti sopra soglia comunitaria

Già la legge n. 381 del 1991 prevedeva, all'art. 5, comma 4, per le gare sopra soglia, che l'affidamento di servizi diversi da quelli socio sanitari ed educativi avvenisse attraverso lo svolgimento di una gara d'appalto, aperta a tutti i soggetti for profit e non profit, nel cui ambito è comunque consentito alla stazione appaltante l'inserimento, tra le condizioni d'esecuzione dell'appalto, dell'obbligo di eseguire il contratto con l'impiego delle persone svantaggiate di cui all'art. 4, comma 1, e con l'adozione di specifici programmi di recupero e inserimento lavorativo.

Era quindi illegittimo, già per la legge n. 381 del 1991, limitare alle sole cooperative sociali di tipo B la partecipazione ad una gara di importo superiore alla soglia comunitaria per l'affidamento di tali servizi.

La normativa sul punto non è fondamentale cambiata.

Anche la legge regionale n. 12 del 2014, all'art. 13, in relazione agli appalti di valore superiore alla soglia comunitaria prevede che le amministrazioni aggiudicatrici debbano svolgere gare ordinarie, aperte a tutti i soggetti profit e non profit, e possono solo inserire fra le condizioni di esecuzione del contratto, ai sensi dell'art. 69 del D.Lgs. 163/2006 (ora dell'art. 100 del d.lgs.

50/2016), per valorizzare gli aspetti sociali e con ciò accrescere le possibilità di relazionarsi con soggetti non profit, la c.d. "clausola sociale" che consiste nell'obbligo di eseguire il contratto ai sensi dell'art. 100 del D.Lgs. 50/2016 con l'impiego di persone svantaggiate e persone in condizione di fragilità, e con l'adozione di specifici programmi di recupero ed inserimento lavorativo. Il programma di inserimento lavorativo, può essere, di contro, oggetto di specifica valutazione nell'ambito del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa - unico criterio di aggiudicazione previsto dalla L.R. 12/2014 - quale parte integrante dell'offerta tecnica cui attribuire il punteggio previsto dal bando di gara, ma nel rispetto del principio di proporzionalità.

Di conseguenza, nelle procedure sopra soglia comunitaria le modalità di affidamento possono essere:

a) appalto aperto a tutti gli operatori economici for profit e non profit in cui si può inserire fra le condizioni di esecuzione del contratto la c.d. "clausola sociale" cioè l'obbligo di eseguire il contratto con l'impiego di persone svantaggiate e con l'adozione di specifici programmi di recupero ed inserimento lavorativo (ex art. 5, comma 4, L. 381/1991);

b) appalti e concessioni riservati ai sensi dell'art. 112 del Nuovo Codice dei contratti pubblici (applicabile anche per gli affidamenti sotto soglia), secondo le seguenti modalità:

b.1) riserva del diritto di partecipazione alla procedura di appalto e a quella di concessione, o riserva di esecuzione dell'appalto ad operatori economici e a cooperative sociali e loro consorzi - il cui scopo principale sia l'integrazione sociale e professionale delle persone con disabilità o svantaggiate, oppure;

b.2) riserva dell'esecuzione dell'appalto nel contesto di programmi di lavoro protetti, quando almeno il 30% dei lavoratori dei suddetti operatori economici sia composto di lavoratori con disabilità o da lavoratori svantaggiati (5) .

Nel primo caso la riserva opera a favore di soggetti in ragione del loro scopo principale (integrazione sociale e professionale delle persone con disabilità o svantaggiate); nel secondo caso l'appalto è aperto a tutti gli operatori for profit e non profit in quanto la riserva a favore di programmi di lavoro protetti si fonda sul ricorso da parte degli operatori economici partecipanti, nella fase esecutiva dell'appalto, all'impiego di almeno il 30% di lavoratori con disabilità o di lavoratori svantaggiati.

Ed infine:

c) appalti riservati per determinati servizi (sanitari, sociali e culturali) ai sensi dell'art. 143 del Nuovo Codice dei contratti pubblici (applicabile anche per gli affidamenti sotto soglia) con il limite che la riserva opera solo a favore delle organizzazioni che soddisfino tutte le condizioni di cui al comma 2 di tale articolo.

Le clausole sociali e ambientali Nell'ambito delle regole dettate per la realizzazione degli appalti pubblici occorre indagare, per quanto è qui di interesse, quali sono le formule, gli spazi per la valorizzazione delle organizzazioni non profit - in particolare delle cooperative sociali - in relazione alla funzione di inclusione sociale che esse svolgono sottolineando, nel contempo, che l'interpretazione deve misurarsi con la vigente normativa comunitaria.

Essi sono tracciati:

- da un lato, dalla possibilità di far valere aspetti sociali e ambientali nell'ambito di gare d'appalto aperte a tutti gli operatori economici, secondo quanto deducibile, in particolare, dagli artt. 18 (principi per l'aggiudicazione degli appalti), 42 (specifiche tecniche), 70 (condizioni di esecuzione dell'appalto), 56 (selezione dei partecipanti - principi generali), 57 (motivi di esclusione), 58 (criteri di selezione), 62 (norme di garanzia della qualità e norme di gestione ambientale), e 67 (criteri di aggiudicazione dell'appalto) della direttiva unificata 2014/24/UE, e dai corrispondenti articoli 30, 80, 87, 83, 95, 100 del D.Lgs. 50/2016;
- dall'altro lato, dall'art. 20 della Direttiva 2014/24/UE, e dal corrispondente art. 112 del Nuovo Codice dei contratti pubblici che fanno riferimento ai c.d. Appalti riservati;
- per finire, per le cooperative sociali che svolgono forniture e servizi in generale, o in particolare servizi di assistenza sociale, nella legislazione speciale ad essa relativa costituita dalle leggi statali sulla cooperazione sociale (legge 8 novembre 1991, n. 381), come pure dalla legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali (legge 8 novembre 2000 n. 328, con il relativo intervento attuativo, D.P.C.M. 30 marzo 2001), e dalla legislazione regionale (quale, ad esempio, la legge n. 12 del 17 luglio 2014 della Regione Emilia-Romagna "Norme per la promozione e lo sviluppo della cooperazione sociale)", da ultimo dalle norme della direttiva 2014/24/UE - sui regimi particolari di appalto - servizi sociali e altri servizi specifici artt. da 74 a 77 - corrispondenti agli artt. 142 e 143 del Nuovo Codice dei contratti pubblici.

Quanto al primo percorso, cioè la presenza degli aspetti sociali e ambientali nell'ambito delle gare, aperte a tutti gli operatori economici va detto che, in coerenza con l'obiettivo comunitario di promuovere uno sviluppo sostenibile, concetto che coniuga la crescita economica, il progresso sociale e il rispetto dell'ambiente, le direttive 2004/18/CE e 2014/24/UE hanno recepito espressamente le indicazioni già formulate dapprima nel Libro verde della Commissione del 27 novembre 1996, e nelle Comunicazioni interpretative della Commissione su "Il diritto comunitario degli appalti pubblici e le possibilità di integrare aspetti sociali ed ambientali negli appalti pubblici" (COM/2001/566 del 15 ottobre 2001, COM 4 luglio 2001), quindi, nella Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo del 30 aprile 2007 sul riesame delle politiche ambientali, chiarendo inequivocabilmente che la tutela dei valori sociali non è antitetica rispetto all'obiettivo del conseguimento, nei contratti d'appalto, del miglior rapporto qualità-prezzo.

Va infine ricordato il documento della Commissione europea - Direzione generale per l'occupazione gli affari sociali e le pari opportunità (ottobre 2010) - intitolato: "Acquisti sociali. Una guida alla considerazione degli aspetti sociali negli appalti pubblici" in cui si afferma che: "promuovere appalti pubblici socialmente responsabili consente di creare un modello e di influire sul mercato. Infatti effettuando acquisti responsabili le autorità pubbliche possono promuovere opportunità di lavoro, inclusione sociale, commercio etico....".

Tale concetto è ripreso e sottolineato dal nostro legislatore nel Nuovo Codice dei contratti pubblici all'art. 30, comma 1, a tenore del quale il rispetto del principio cardine di "economicità" può essere subordinato, entro i limiti in cui sia espressamente consentito dalle norme vigenti e dallo stesso Nuovo Codice, ai criteri previsti dal bando, ispirati ad esigenze sociali, nonché alla tutela dell'ambiente, della salute e alla promozione dello sviluppo sostenibile, anche dal punto di vista energetico". Pertanto, le amministrazioni aggiudicatrici possono positivamente contribuire alla tutela di siffatti valori, introducendo legittimamente il rispetto di parametri ambientali e sociali in più fasi delle proprie procedure d'appalto:

- attraverso un'adeguata configurazione dell'oggetto del contratto, delle specifiche tecniche e delle modalità di esecuzione;
- tra gli elementi di selezione e/o di esclusione dei candidati;
- tra i criteri di valutazione delle offerte;
- nella fase di esecuzione del contratto.

Singole tipologie di "clausole sociali" e loro applicazione

Merita ora soffermarsi e approfondire la disposizione secondo cui è possibile inserire nel bando di gara - fra le condizioni di esecuzione del contratto di appalto pubblico - le c.d. "clausole sociali". Queste, perseguendo l'obiettivo di attuare politiche di inserimento lavorativo e di occupazione delle persone in condizioni di svantaggio, nel contesto dell'esecuzione degli appalti pubblici, sono sicuramente una leva fondamentale per sostenere un'economia in crisi - qual è quella attuale (6) - e, quindi, segnano un passaggio di non poco momento, teso a tutelare sia il principio della libera concorrenza, sia il mantenimento dei posti di lavoro. Alla luce di quanto precede - e giungendo all'esame della fattispecie in oggetto - ne discende che esistono due tipologie di clausole sociali:

1. quelle c.d. di imponente di manodopera , che determinano il riassorbimento del personale dal precedente affidatario del servizio;
2. quelle c.d. di inserimento di soggetti svantaggiati - ai sensi dell'art. 5, comma 4, L. 381/1991; del Regolamento CE n. 800/2008 art. 2; del Decreto del Ministero del Lavoro e delle politiche sociali, 20 marzo 2013 - che determinano in capo all'aggiudicatario della gara l'obbligo di avvalersi per l'esecuzione delle prestazioni previste dal contratto di "persone svantaggiate" in misura non inferiore ad una percentuale minima variabile (indicata dalla stazione appaltante nel bando di gara) del totale della forza lavoro dell'impresa aggiudicataria. Inoltre tale clausola è accompagnata dalla precisazione di alcune modalità procedurali cui l'appaltatore si dovrà attenere onde perfezionare l'adempimento dell'obbligo: in tal senso l'appaltatore, in relazione a detti soggetti, dovrà adottare specifici programmi di recupero e inserimento lavorativo i quali dovranno essere approvati dall'amministrazione, alla quale devono essere consegnati entro un termine di 90 giorni dalla stipulazione del contratto.

Collocazione delle clausole sociali

Sotto il profilo formale è utile sottolineare che, secondo il costante indirizzo interpretativo dell'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC), la stazione appaltante deve onorare gli obblighi di pubblicità richiesti dalle norme, perché è tenuta ad includere la "clausola sociale" oltre che nel capitolato speciale, anche nel bando di gara, nel disciplinare di gara e una clausola di identico tenore deve essere riportata nello schema di contratto. Ancora, a tale clausola deve essere data autonoma ed adeguata evidenza per la ragione che essa, implicando elementi di parziale deroga alla concorrenza, richiede una formulazione espressa e tale che si possa evidenziare in tutti gli atti di gara. Infine, analoga attenzione deve essere prestata dalla stazione

appaltante affinché gli operatori economici concorrenti dichiarino in sede di offerta di accettare le condizioni particolari di esecuzione.

Valutazione delle caratteristiche delle clausole sociali

Ebbene, nell'ambito delle regole fissate dalla *lex specialis* della gara, entrambe le clausole sociali (punto 1 e 2) possono richiedere:

- un obbligo di applicazione, da parte del soggetto vincitore della gara, in quanto circoscritte nei limiti di una particolare condizione di esecuzione della prestazione;

oppure

- un'assegnazione di punteggio - oggetto di valutazione per la parte tecnica - nell'ambito del criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Le esigenze sociali possono dar luogo a condizioni particolari di esecuzione o trovare ingresso fra i criteri di valutazione: entrambe le soluzioni paiono legittime alla luce del diritto comunitario (v. Dir. 2014/24/UE art. 67 par. 2 lett. a) e art. 70, nonché i considerando n. 99 e 104) e del Nuovo Codice dei contratti pubblici (artt. 50 e 100, e art. 95, comma 6 lett. a).

Nel caso in cui le esigenze sociali trovino ingresso fra i criteri di valutazione dell'offerta non si tratta di soddisfare un'esigenza sociale da espletare obbligatoriamente in sede di esecuzione del contratto, ma di esercitare una facoltà, concessa dall'amministrazione aggiudicatrice ai soggetti in gara, di formulare un'offerta qualitativamente migliore. Tanto premesso, va tuttavia osservato che, dal punto di vista operativo, il problema che si pone l'amministrazione appaltante è quello di stabilire se le anzidette clausole sociali (punto 1 e 2) possano essere previste contemporaneamente, in modo obbligatorio, per l'esecuzione del contratto, e nello stesso bando di gara senza che ciò vada a ledere i principi di libertà di concorrenza, parità di trattamento, di divieto di discriminazione di trasparenza, proporzionalità, innovazione e, quindi, risultino compatibili con il diritto comunitario e nazionale ai sensi del combinato disposto degli artt. 50 e 100 del D.Lgs. 50/2016.

Nella vigenza del D.Lgs. 163/2006, sia l'ANAC che la giurisprudenza amministrativa italiana hanno affrontato il tema in oggetto consolidando un proprio orientamento - sostanzialmente sovrapponibile - che, semplificando al massimo, può essere sintetizzato come segue.

L'orientamento dell'Autorità nazionale anticorruzione

Secondo l'ANAC (già AVCP) la previsione di un obbligo, *tout court*, da parte della *lex specialis* della gara della "clausola sociale c.d. di imponibile di manodopera" che comporta il riassorbimento di lavoratori dal precedente affidatario dell'appalto appare giustificabile solo nei limiti in cui lo stesso sia imposto da specifiche disposizioni di legge o della contrattazione collettiva nazionale di riferimento risultando, altrimenti, la clausola in questione senz'altro lesiva della concorrenza, scoraggiando la partecipazione alla gara e limitando ulteriormente la platea dei partecipanti, nonché atta a ledere la libertà di impresa, riconosciuta e garantita dall'art. 41 della Costituzione (Parere n. 44 del 25 febbraio 2010). Sicché "l'obbligo di reperimento dei lavoratori dal precedente affidatario può essere consentito soltanto previa valutazione di compatibilità con l'organizzazione di impresa, nel duplice senso che sia il numero dei lavoratori, sia la loro qualifica devono essere armonizzabili con l'organizzazione di impresa della ditta aggiudicataria e con le esigenze tecnico organizzative previste" (Parere 30 aprile 2014 AG 19/14).

Una siffatta lettura della clausola in oggetto, osserva ancora l'Autorità (Parere n. 44 del 25 febbraio 2010) "sembra, peraltro, avvalorata da un recente orientamento giurisprudenziale che anche in presenza di una clausola sociale introdotta nella *lex specialis* sulla base di specifiche disposizioni della contrattazione collettiva nazionale, ha individuato un limite alla sua operatività, nella possibilità di armonizzare l'assorbimento dei lavoratori che operavano alle dipendenze dell'appaltatore uscente con l'organizzazione di impresa prescelto dall'imprenditore subentrante" (in tal senso cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 16 giugno 2009, n. 3900). A quanto appena considerato va, altresì, aggiunto che se nello stesso bando di gara si prevede contestualmente e,

quindi, cumulativamente oltre alla clausola sociale di riassorbimento di manodopera anche quella di inserimento lavorativo dei soggetti svantaggiati, operanti entrambe in fase di esecuzione del contratto, l'Autorità osserva che tale modus operandi "si sostanzia in realtà in due distinte condizioni di esecuzione. La somma delle due condizioni appare particolarmente gravosa e restrittiva della libertà di impresa. Pertanto sarà onere della stazione appaltante riprodurre per ciascuna clausola la formula del rispetto della facoltà dell'aggiudicatario di valutare la compatibilità con la propria struttura operativa e organizzazione di impresa e comunque, dovrebbe essere indicata una preferenza esclusiva dell'amministrazione per l'una o l'altra clausola".

In conclusione, quando la clausola di riassorbimento della manodopera è prevista in forma di rinvio ai vigenti atti di contrattazione collettiva, che tutelano l'assorbimento dei lavoratori del precedente appalto, l'Autorità consiglia la non adozione contestuale e, quindi, cumulativa della clausola sociale per inserimento dei soggetti svantaggiati (Parere AG 32/14 del 15 luglio 2014) invitando l'amministrazione ad "optare per l'una o l'altra clausola, senza prevederne una duplicità di condizioni (Parere AG 55/13 richiesto dal Comune di Bologna). Preme da ultimo osservare che l'Autorità (con Parere 30 aprile 2014, AG 19/14 richiesto dal Comune di Andria) ha preso in considerazione un diverso possibile contenuto della clausola sociale da inserire nel bando di gara, fra le condizioni di esecuzione del contratto, in quanto compatibile con l'orientamento su citato, a tenore del quale "l'appaltatore, qualora abbia l'esigenza di disporre di ulteriori risorse umane rispetto a quelle già presenti nella sua organizzazione per lo svolgimento delle attività rientranti fra quelle oggetto dell'appalto....si impegna in via prioritaria all'assunzione delle maestranze che operano alle dipendenze dell'appaltatore uscente, dallo stesso individuate come idonee, qualora ciò sia coerente con la propria organizzazione di impresa".

Infatti, si osserva che tale formulazione afferma correttamente una mera priorità nell'assorbimento di manodopera con tre chiare formule: "qualora abbia l'esigenza di disporre di ulteriori risorse umane rispetto a quelle già presenti nella propria organizzazione", "si impegna in via prioritaria", "qualora ciò sia coerente con la propria organizzazione di impresa". Pertanto, la clausola non prevede, per come formulata, automatismi nell'assunzione e contempera espressamente l'obbligo di assunzione con la condizione che il numero dei lavoratori e la loro qualificazione siano armonizzabili con l'organizzazione d'impresa della ditta aggiudicataria e con le esigenze tecnico-organizzative e di manodopera prevista".

Da ultimo, si osserva che se entrambe le clausole sociali - di riassorbimento di manodopera e di inserimento lavorativo dei soggetti svantaggiati - non pare possano essere previste contestualmente e, quindi, cumulativamente nella lex specialis della gara, per le ragioni su citate si può pensare di inserire legittimamente, come obbligo ai fini dell'esecuzione del contratto, solo la clausola di riassorbimento della manodopera: in applicazione delle previsioni del CCNL di riferimento o a prescindere da questo.

Inoltre nello stesso bando di gara, si può prevedere, cumulativamente la clausola sociale per l'inserimento delle persone in condizione di svantaggio - sotto forma di progetto di inserimento lavorativo dei soggetti svantaggiati - non più come condizione di esecuzione del contratto, ma tra i criteri oggetto di valutazione dell'offerta, rendendolo così parte integrante dell'offerta tecnica ed attribuendogli il relativo punteggio in sede di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Infatti, con l'assegnazione di un punteggio al progetto di inserimento lavorativo di persone svantaggiate non si impone un obbligo al soggetto aggiudicatario della gara, in termini di esecuzione del contratto, perché si fuoriesce dall'ambito di applicazione dell'art. 100 del Nuovo Codice dei contratti pubblici, ma si prevede solo una facoltà per i soggetti in gara di formulare un'offerta qualitativamente migliore che l'imprenditore dispone autonomamente ed in funzione di una armonizzazione con l'organizzazione della propria impresa e con le esigenze tecnico-operative ivi previste. Per completezza argomentativa, si riporta la disposizione inserita dal Comune di Bologna (7) nel "Protocollo di intesa in materia di appalti di Lavori, Forniture e Servizi (8) " del 6 luglio 2015, pag. 8, in cui si afferma che: "volendo dare centralità nella procedura di gara al fattore lavoro in una fase di crisi occupazionale il Comune di Bologna si impegna, quale condizione di esecuzione dell'appalto, ad inserire nei bandi di gara di affidamento dei servizi da riaffidare la clausola sociale di salvaguardia di riassorbimento di manodopera per la tutela dei lavoratori e lavoratrici. Si tratta di un impegno importante dal punto di vista economico e giuridicamente delicato perché ciò presuppone l'impegno da parte delle imprese subentranti di assumere, qualora ve ne fosse necessità e compatibilmente con la propria organizzazione, i lavoratori e le lavoratrici dipendenti che lavoravano presso l'impresa uscente, a prescindere dal CCNL di riferimento. Il Comune di Bologna si impegna, inoltre, ad inserire nei bandi di gara anche le clausole per l'inserimento lavorativo delle persone in condizioni di svantaggio, tranne nei casi ove fosse chiaramente incompatibile con

la natura del lavoro o del servizio o con le clausole sociali di salvaguardia di riassorbimento della manodopera e in caso di lavoro aggiuntivo. Nei casi di incompatibilità, il Comune di Bologna si impegna a valutare l'inserimento di elementi premiali facoltativi e non obbligatori tra i criteri oggetto di valutazione per la parte tecnica attraverso punteggi specifici relativi all'inserimento lavorativo di personale socialmente svantaggiato". Ciò nondimeno il Comune di Bologna sembra muoversi su questa linea anche in ordine al contenuto del "Regolamento delle procedure contrattuali per l'inserimento lavorativo di persone in condizioni di svantaggio" (antecedente al Protocollo di intesa) in cui si prevedono agli artt. 7, 10, 11, 13 in

modo dettagliato e secondo l'orientamento su citato, le modalità applicative delle due clausole sociali anzidette.

Elaborazione giurisprudenziale in tema di clausole sociali

Si ritiene ora di particolare rilievo esaminare anche l'orientamento ormai prevalente della giurisprudenza amministrativa in ordine alla fattispecie in oggetto - le c.d. "clausole sociali".

I più recenti indirizzi interpretativi forniti dal TAR e dal Consiglio di Stato, benché riferiti alle disposizioni previgenti all'entrata in vigore del Nuovo Codice dei contratti pubblici, si basano su un percorso logico - argomentativo che muove anch'esso dal presupposto che la previsione di "clausole sociali" che configurino obblighi in fase di esecuzione del contratto, è lesiva della concorrenza, da un lato, perché scoraggia la partecipazione alla gara; dall'altro, è atta a ledere la libertà di impresa da cui discende che il contenuto delle medesime deve presentare elementi di flessibilità sulle cui caratteristiche, di seguito, ci soffermeremo. Si rileva, peraltro, che a fronte di un orientamento giurisprudenziale nettamente contrario all'inserimento nel bando della clausola di riassorbimento (obbligatorio) della manodopera, definita "illegittima, ... infatti integra un'evidente violazione del principio di autonomia contrattuale di cui all'art. 1322 c.c., giacché determina, in via unilaterale l'imposizione di un vincolo a contrarre al di fuori dei casi tassativamente tipizzati dal legislatore (9) " si registra un orientamento costante del Consiglio di Stato (10) simmetrico rispetto a quello dell'ANAC, a tenore del quale "la clausola sociale che impone l'obbligo di continuità nell'assunzione dei lavoratori dipendenti dalla precedente affidataria dell'appalto, va interpretata nel senso che l'appaltatore subentrante deve prioritariamente assumere gli stessi addetti che operavano alle dipendenze dell'appaltatore uscente, a condizione che il loro numero e la loro qualifica siano armonizzabili con l'organizzazione di impresa prescelta dall'imprenditore subentrante. I lavoratori che non trovano spazio nell'organigramma dell'appaltatore subentrante e che non vengono ulteriormente impiegati dall'appaltatore uscente in altri settori, sono destinatari delle misure legislative in materia di ammortizzatori sociali. Il tema è stato recentemente oggetto di una nuova intensa elaborazione del Consiglio di Stato (11) , che ha consentito di delineare con chiarezza i seguenti aspetti caratterizzanti:

- il sistema viene descritto come formato "da regole flessibili";

- si conferma, quindi, la possibilità di inserire nel bando come obbligo la "clausola sociale" di continuità nell'assunzione dei lavoratori dipendenti dalla precedente affidataria, indipendentemente dal richiamo al CCNL di specie, ma con l'onere per la stazione appaltante di riprodurre per la "clausola sociale" la formula del rispetto della facoltà

dell'aggiudicatario di valutarne la compatibilità con la propria struttura operativa e con l'organizzazione dell'impresa;

- la "clausola sociale" deve ritenersi inderogabile quando il servizio è organizzato dal nuovo gestore con le stesse modalità con le quali lo stesso servizio era organizzato dal gestore uscente. Tuttavia, "l'esigenza di dover rispettare la "clausola sociale" non può escludere una diversa organizzazione del lavoro e l'ausilio di nuovi strumenti tecnici o informatici, che non rendono più necessario l'utilizzo di tutto il personale già utilizzato per il servizio. Ma per evitare che la clausola possa essere (illegittimamente) elusa l'amministrazione deve comunque verificare che effettivamente il mutamento tecnico - organizzativo del servizio non renda più necessario l'impiego di tutto il personale precedentemente utilizzato per il servizio".

Con la sentenza in oggetto, nei termini appena delineati, viene, in proposito, confermato il costante orientamento del Consiglio di Stato. Corre, peraltro, l'obbligo di sottolineare quanto lo stesso Consiglio di

Stato ha, altresì, aggiunto con sentenza Sez. IV del 2 dicembre 2013 n. 5725, secondo la quale "Nel caso in cui la c.d. "clausola sociale" sia stata richiesta espressamente dal bando, essa assume portata cogente, sia per gli offerenti che per l'amministrazione. Ciò implica che l'offerente non può obliarne la portata riducendo ad libitum il numero di unità impiegate nell'appalto cui rapportare il servizio, ovvero a tutto concedere, potrebbe così operare, chiarendo però il formale rispetto della detta prescrizione, richiamando la "flessibilità" affermata dal diritto vivente e disponendo che le unità assunte vadano adibite ad altre mansioni e servizi. In alternativa, è d'uopo la impugnazione della detta clausola del bando, quale norma "interposta", sulla scorta del convincimento che il numero di unità fino a quel momento adibite al servizio sia incongruo, sovrabbondante,".

Sul piano operativo, tale sentenza sottolinea un passaggio di non poco momento: una volta che la clausola sociale è stata inserita nel bando di gara essa assume portata cogente sia per gli offerenti che per l'amministrazione aggiudicatrice. Talché se l'imprenditore che vince la gara, dichiarando in sede di offerta di accettare le condizioni particolari di esecuzione previste dal Capitolato speciale, non rispetta la suddetta clausola, perché tiene una condotta di omessa assunzione del personale, né dispone di destinare il personale esuberante ad altro ramo aziendale o ad altro servizio, non può giustificare la legittimità del proprio comportamento, richiamandosi al formale rispetto del principio di flessibilità - affermato dal diritto vivente - in quanto avrebbe dovuto disporre che le unità assunte fossero almeno adibite ad altre mansioni o servizi -, ma può solo, in alternativa, "impugnare detta clausola del bando quale norma "interposta" sulla scorta del convincimento che il numero di unità fino a quel momento adibite al servizio sia incongruo, sovrabbondante, ". Conclude, dunque, il Supremo giudice amministrativo: "se l'aggiudicatario non ebbe mai a gravare la detta clausola del bando né ebbe ad impugnarla, in altro separato giudizio, ne consegue che avrebbe dovuto rispettarla".

Per altro verso, l'amministrazione che ha inserito nel bando la predetta clausola "deve verificare l'osservanza e in sede dell'anomalia, evidenziare che l'offerta dell'aggiudicatario non era parametrata al numero di unità di personale uscente che costituiva elemento oggettivo del rapporto che, per volontà dell'amministrazione, assumeva natura essenziale e, conseguentemente, concludere negativamente per la ditta la verifica dell'anomalia escludendola. Ciò in relazione ad una violazione del capitolato che, ancorché non direttamente sanzionata con effetti espulsivi, si riverbera sull'attendibilità dell'offerta in relazione ad un elemento (numero di unità da assumere) che - per volere dell'amministrazione - era fisso ed immutabile" (Cons. Stato, Sez. III, 14 settembre 2015, n. 4274).

Le clausole sociali nel Nuovo Codice dei contratti pubblici

Orbene, se per un verso, la tesi sull'inserimento delle clausole sociali negli appalti pubblici, appena riassunta, è sovrapponibile sia in ordine agli orientamenti dell'ANAC che in ordine al contenuto delle sentenze dei giudici amministrativi, per altro verso, occorre metterla a confronto, con un ulteriore ordine di considerazioni, con quanto previsto dagli artt. 50 (clausole sociali del bando di gara e degli avvisi); 95 (criteri di aggiudicazione dell'appalto) e 100 (requisiti per l'esecuzione dell'appalto) del Nuovo Codice dei contratti pubblici.

L'art. 50, riferendosi in particolare ai contratti ad alta intensità di manodopera (cioè a quelli nei quali il costo della manodopera è pari almeno al 50% dell'importo totale del contratto), statuisce: "i bandi di gara, gli avvisi e gli inviti, possono inserire, nel rispetto dei principi dell'Unione Europea specifiche clausole sociali volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato prevedendo l'applicazione da parte dell'aggiudicatario, dei contratti collettivi di settore di cui all'art. 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015 n. 81". Dunque, per la stazione appaltante si prevede la facoltà e non l'obbligo giuridico di inserimento negli appalti pubblici delle clausole sociali e, quindi, anche della c.d. clausola di imponibile di manodopera, che determina il riassorbimento del personale dal precedente affidatario del servizio, in applicazione dei contratti collettivi di settore di cui all'art. 51 del D.Lgs. 15 giugno 2015 n. 81. Poiché l'art. 50 non regola in quale segmento della procedura contrattuale la stazione appaltante può inserire questa specifica clausola sociale, si può far riferimento all'art. 100, secondo cui le stazioni appaltanti "possono richiedere requisiti particolari per l'esecuzione del contratto, purché siano compatibili con il diritto europeo e con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità [...] Dette condizioni possono attenersi, in particolare, a esigenze sociali e ambientali. In sede di offerta gli operatori economici dichiarano di accettare i requisiti particolari nell'ipotesi in cui risulteranno aggiudicatari".

In conclusione, se ai sensi dell'art. 12 delle preleggi al Codice civile "la legge va interpretata in base al fondamentale canone letterale congiunto a quello delle ratio che l'ispira" (G. Virga), la stazione appaltante può e non deve inserire nel bando di gara, negli avvisi o negli inviti, in applicazione degli artt. 50, 100 e 95 (in combinato disposto) del Nuovo Codice dei contratti pubblici, le c.d. clausole sociali. Tuttavia se nel bando di gara si prevede la c.d. clausola di imponibile di manodopera, nel contesto dell'esecuzione del contratto, si può, nel contempo, per esempio, anche prevedere la c.d. clausola di inserimento dei soggetti svantaggiati, ma nel contesto degli elementi qualitativi che compongono l'offerta economicamente più vantaggiosa (art. 95, comma 6, lett. a). Dunque si ritiene che la stazione appaltante possa, sì, inserire nel bando le specifiche clausole sociali su citate, senza peraltro prevederle entrambe nella fase di esecuzione del contratto e con la specifica previsione dell'obbligo di applicazione anche contestuale delle medesime, secondo le modalità su citate, per gli operatori economici aggiudicatari della gara.

Se è vero che le norme del Nuovo Codice dei contratti pubblici su citate vanno interpretate in tal senso, lo è altresì in ragione del rispetto dei vincoli comunitari previsti dai considerando 99 e 104 della direttiva 2014/24/UE (in ordine ai quali, "per una migliore interpretazione di considerazioni sociali o ambientali ... le amministrazioni aggiudicatrici non dovrebbero avere la facoltà di imporre agli offerenti di attuare una determinata politica aziendale di responsabilità sociale o ambientale"), nonché alla luce dell'orientamento ormai consolidato della giurisprudenza amministrativa e dell'ANAC fatto proprio dal legislatore nazionale.

Tutto ciò posto, giova infine sottolineare, per evitare dubbi interpretativi in ordine all'applicazione delle clausole sociali, quanto previsto dall'art. 30, comma 3, del Nuovo Codice dei contratti pubblici che recita: "Nell'esecuzione di appalti pubblici e di concessioni, gli operatori economici rispettano gli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dalla normativa europea e nazionale, dai contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali elencati nell'allegato X".

Tale disposto normativo, essendo inserito nel contesto dei "principi per l'aggiudicazione ed esecuzione di appalti e concessioni", non fa sorgere un'antinomia fra le norme di cui agli artt. 30, comma 3, e 50.

Infatti l'art. 30 comma 3 va espunto dal perimetro di applicazione dell'art 50 (clausole sociali del bando di gara e degli avvisi), per essere invece ricompreso fra le fatti specie dei requisiti soggettivi c.d di prequalificazione, di cui l'amministrazione richiede tassativamente il possesso in capo a tutti gli operatori economici che fanno domanda di partecipare alla gara, e che dovranno applicare durante l'intera esecuzione del contratto.

A piena conferma di quanto si è detto, milita l'art. 80, comma 5 lett. a) del Nuovo Codice dei contratti pubblici che, letto in combinato disposto con l'art 30, comma 3, annovera fra "i motivi di esclusione" di un operatore economico dalla partecipazione ad una procedura di appalto "la presenza di gravi infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro, nonché agli obblighi di cui all'art. 30 comma 3, del presente Codice".

Depone, infine, a favore di tale interpretazione l'osservazione del Consiglio di Stato (Parere n 00855/2016 del 1° aprile 2016 sullo schema di decreto legislativo recante "codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione), secondo cui "occorre un ripensamento complessivo del sistema degli appalti pubblici in Italia, in una nuova filosofia che coniuga flessibilità e rigore, semplificazione ed efficienza con la salvaguardia di insopprimibili valori sociali ed ambientali.

Si tratta di una sfida storica affidata ad un delicato equilibrio in cui è assolutamente indispensabile tenere insieme il combinato disposto degli istituti e strumenti previsti, di cui ciascuno non può essere disgiunto da altri, pena il fallimento degli obiettivi perseguiti".

Tirando le fila di tutto quanto fin qui considerato, si può concludere che attraverso la valorizzazione degli aspetti sociali ed ambientali nelle gare pubbliche aperte a tutti gli operatori for profit e non profit, il diritto comunitario e nazionale contemplan margini interessanti di azione tramite i quali l'amministrazione appaltante può, in sostanza, promuovere il ruolo degli organismi del terzo settore - in particolare delle cooperative sociali di tipo B la cui mission è proprio l'inclusione sociale di persone svantaggiate-, realizzando attraverso il conferimento dell'appalto obiettivi di tipo sociale. Inoltre si può dedurre il principio - conferente al punto di diritto in esame- secondo cui le amministrazioni aggiudicatrici possono inserire nel contratto di

appalto clausole ambientali e/o sociali compatibilmente con la natura della prestazione oggetto del medesimo, onde perseguire un duplice obiettivo: da un lato, stimolare la partecipazione delle organizzazioni non profit alle gare pubbliche, in particolare delle cooperative sociali di tipo B, nell'ambito di un mercato aperto alla concorrenza di tutte le imprese interessate alla gara; dall'altro lato, sostenere la promozione a livello locale, nazionale ed europeo della responsabilità sociale delle imprese intesa come: "l'integrazione volontaria delle preoccupazioni sociali ed ecologiche delle imprese nelle loro operazioni commerciali e nei loro rapporti con le parti interessate".

Infine è nell'interesse della stessa stazione appaltante promuovere appalti che valorizzino gli aspetti sociali in quanto fra i requisiti premianti, che ai sensi dell'art. 38, comma 4, lett. b) concorrono alla qualificazione delle stazioni appaltanti, è prevista, da parte delle medesime, "l'applicazione dei criteri di sostenibilità ambientale e sociale nell'attività di progettazione e affidamento".

ALLEGATI

Al fine di agevolare la comprensione delle considerazioni espresse nella Parte Speciale delle presenti Linee Guida sono riportati:

- schemi delle procedure applicabili sotto e sopra la soglia comunitaria per l'affidamento di beni e servizi alla luce della legislazione vigente (allegato A);
- alcuni casi esemplificativi di applicazione delle clausole sociali, ivi incluse: una clausola sociale tipo di inserimento lavorativo di soggetti svantaggiati (di mera esecuzione) ed una clausola sociale tipo di inserimento lavorativo di soggetti svantaggiati (clausola mista di esecuzione e ai fini della valutazione dell'offerta tecnica) (allegato B);
- alcune formule usualmente utilizzate per l'attribuzione del punteggio relativo all'elemento prezzo, corredate di commenti, al fine di agevolare le scelte delle stazioni appaltanti, coerentemente con le finalità delle presenti Linee Guida (allegato C).

(2) Cfr. Cons. Stato, Sez. II, 29 aprile 2013 n. 2342; Sez. V, 27 marzo 2015 n. 1620.

(3) V. art. 35, comma 1, del Nuovo Codice dei contratti pubblici. Per gli appalti di servizi sociali e di altri servizi specifici elencati all'allegato IX la soglia comunitaria è pari a euro 750.000. Si sottolinea che la soglia comunitaria va determinata in relazione al singolo servizio posto in convenzione, quindi è ammissibile una pluralità di convenzioni tra l'ente pubblico e una sola o più cooperative sociali, a condizione che ogni convenzione abbia un oggetto diverso inerente a uno specifico servizio e sia di importo inferiore alla soglia comunitaria. Infine il metodo di calcolo per la soglia nelle convenzioni si basa, ai sensi dell'art. 35 del Nuovo Codice dei contratti pubblici, sul totale generale pagabile al netto dell'IVA, comprensivo di opzioni, rinnovi e premi (e fermo restando il divieto di artificioso frazionamento). Nel caso di suddivisione dell'appalto in lotti - ex art. 51 del Nuovo Codice- si applicano i criteri di cui all'art. 35, commi 9 e 11, dello stesso Codice.

(4) In particolare l'ANAC, nella vigenza del D.Lgs. 163/2006, ha ritenuto che le stazioni appaltanti dovessero "utilizzare le procedure previste dagli artt. 124, comma 6, e 125, comma 11, D.Lgs. 163/2006, con i relativi obblighi di informazione e pubblicazione, per gli affidamenti di forniture e servizi sotto soglia comunitaria di cui all'Allegato IIA (che ricomprendono la generalità dei servizi strumentali) o la procedura di cui all'art. 27, per gli affidamenti di cui all'Allegato IIB, riservando in entrambi i casi la partecipazione alle sole cooperative sociali di tipo B" (v. Anac, Linee guida, cit. p. 29). Nella vigenza del D.Lgs. 163/2006 era applicabile l'art. 27: a tale conclusione si giungeva sia ove si ritenesse che il regime giuridico ai fini della procedura di affidamento fosse riconducibile al c.d. Allegato II B, sia ove si considerasse che la deroga di cui all'art. 5, comma 1 della L. 381/1991 avrebbe comportato l'applicazione del predetto art. 27 (cfr. TAR Lazio, Sez. II, 26 aprile 2012, n. 3767).

(5) L'art. 112, comma 2 del D.Lgs. 50/2016 individua i soggetti con disabilità e le persone svantaggiate.

(6) Cfr., in tal senso, il "Protocollo di intesa in materia di appalti di Lavori, Forniture e Servizi" tra il Comune di Bologna, le Organizzazioni sindacali CGIL, CISL, UIL e Alleanza delle cooperative italiane, Unindustria, CNA, Confartigianato, Ancebologna, del 6 luglio 2015.

(7) Con decorrenza 1° gennaio 2015 è attivata la città metropolitana di Bologna in cui si ritrovano tutti gli enti locali del territorio dell'ex Provincia, nel cui contesto il Comune di Bologna sarà nel più breve tempo possibile "stazione unica appaltante".

(8) Tale Protocollo è stato sottoscritto dal Comune di Bologna il 6 luglio 2015 dalle organizzazioni sindacali CGIL, CISL, UIL e Alleanza delle cooperative Italiane, CNA, Confartigianato, Ancebologna, Unindustria.

(9) Cfr. TAR Piemonte, Sez. I, 27 gennaio 2011, n. 114.

(10) Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 16 giugno 2009, n. 3900; Sez. V, 16 giugno 2009, n. 3848.

(11) Cfr. Cons. Stato, Sez. III, 10 maggio 2013, n. 2533.

Allegato A

Linee Guida regionali sull'affidamento dei servizi alle cooperative sociali - Schemi delle procedure

NOTA DI LETTURA

I presenti SCHEMI sono stati elaborati alla luce delle possibilità offerte dalla disciplina vigente (legge 381/1991 e ss. mm., legge regionale 12/2014 e, per le disposizioni applicabili, D.Lgs. 50/2016 - Nuovo Codice dei contratti pubblici).

A tale ultimo proposito, si precisa che le disposizioni regionali, sopra richiamate, sono immediatamente applicabili e dunque cogenti per la Regione e per i suoi Enti/Aziende partecipate e controllate, mentre possono essere "adottate" dagli enti territoriali e dagli altri enti pubblici nell'esercizio della rispettiva discrezionalità.

In ogni caso, la scelta in concreto delle modalità di svolgimento della procedura di affidamento di beni e servizi, descritte negli SCHEMI, è rimessa alla discrezionalità e responsabilità dell'Ente affidante.

Da ultimo si ricorda che la legge della Regione Emilia-Romagna n. 12/2014 ha previsto - con specifico riferimento all'affidamento di beni e servizi strumentali all'attuazione di politiche di inserimento lavorativo di soggetti svantaggiati - alcuni principi caratterizzanti la predetta procedura:

a. il principio della programmazione dei servizi (art. 9, comma 5);

b. il principio di massima semplificazione degli oneri amministrativi per i partecipanti alle procedure comparative, con particolare riguardo alle MPMI (micro, piccole e medie imprese), ai sensi della legge 180/2011 (art. 11, comma 3, lett. g);

c. il principio della facoltatività per la stazioni appaltanti di escludere il ricorso all'avvalimento ed al subappalto nell'affidamento di beni e servizi in concessione (art. 9, comma 6);

d. da ultimo, il principio dell'inserimento delle clausole sociali di inserimento lavorativo di soggetti svantaggiati nell'ambito dell'affidamento di servizi pubblici locali (SPL) [art. 9, comma 7].

Di seguito, gli SCHEMI distinti per procedure SOTTO e SOPRA SOGLIA COMUNITARIA.

PROCEDURE

SOTTO SOGLIA COMUNITARIA

FINO a 40.000.00 euro

- affidamento diretto nel rispetto delle seguenti condizioni:

- a) predeterminazione degli elementi essenziali dell'oggetto dell'affidamento e della convenzione;
- b) conformità all'eventuale Regolamento interno sui contratti;
- c) esplicitazione delle ragioni dell'affidamento diretto;
- d) indagine di mercato con raccolta preventivi (facoltativa).

N.B.: in presenza di un Albo/Elenco speciale di cooperative di tipo b), gli Enti affidanti possono attingere ad esso per procedere con l'affidamento diretto o, in alternativa, per la richiesta di un numero minimo di preventivi.

La legge regionale n. 12 del 2014 contiene una norma di chiusura (art. 12, comma 3) a mente della quale "È fatto salvo l'affidamento diretto, adeguatamente motivato, nelle ipotesi normativamente previste". In proposito, si fa riferimento alle vigenti disposizioni (ora, in particolare, del Nuovo Codice dei contratti pubblici), in ordine alle tassative ed eccezionali ipotesi di procedure negoziate senza pubblicazione di un bando.

Tale conclusione vale pertanto anche per la distinta ipotesi dell'affidamento di beni e servizi sotto soglia di importo pari o superiore a 40.000 euro.

PROCEDURE SOTTO SOGLIA COMUNITARIA

di importo pari o superiore a 40.000,00 euro

La legge regionale 12/2014 contempla (art. 12, comma 4) due modalità, compatibili con il Nuovo Codice dei contratti pubblici (art. 36 comma 2 lett. b):

- a. pubblicazione di un Avviso per ricezione di manifestazioni di interesse;
- b. istituzione di apposito Elenco speciale aperto suddiviso per settori merceologici riservato alle cooperative di tipo b).

Note	Manifestazione di interesse	Elenco speciale aperto
Attivazione	determina a contrarre pubblicazione Avviso	e istituzione Elenco
Destinatari	cooperative di tipo interessate ad offrire	b) le coop di tipo b) iscritte
autodichiarazioni ex art. 80 e art. 83 del Nuovo Codice dei contratti pubblici	e nella singola manifestazione di interesse	dall'atto dell'iscrizione, salvo modifica requisiti
definizione dell'affidamento	oggettonel singolo Avviso e dettagliatanel nella successiva Lettera di invito spedita ai soggetti che hanno manifestato interesse	nell'atto dell'iscrizione, salvo modifica requisiti
invito ad offrire	oggettonel singolo Avviso e dettagliatanel nella successiva Lettera di invito spedita ai soggetti che hanno manifestato interesse	nell'atto dell'iscrizione, salvo modifica requisiti
tipo di procedura	gara informale	gara informale
regime giuridico	Art. 30, art. 36, comma 2 lett. b), art. 95 del Nuovo Codice dei contratti pubblici	Art. 30, art. 36, comma 2 lett. b), art. 95 del Nuovo Codice dei contratti pubblici

Termini	congrui rispetto all'oggetto dell'affidamento e al principio del favor participationis	congrui rispetto all'oggetto dell'affidamento e al principio del favor participationis
numero minimo di concorrenti da invitare	5, ove esistenti.	5, ove esistenti.

PROCEDURE
SOPRA SOGLIA COMUNITARIA

Nelle procedure sopra la soglia comunitaria non opera la riserva in favore delle cooperative di tipo b), ma il confronto competitivo è aperto a tutti i concorrenti. Al fine di poter integrare la procedura di gara per l'affidamento di un bene o di un servizio con considerazioni di tipo "sociale", il legislatore ha previsto le c.d. clausole sociali, che sono di due tipi:

- 1) clausola di "assorbimento" del personale impiegato nel servizio (c.d. cambio appalto);
- 2) clausola sociale in senso stretto di inserimento lavorativo di soggetti svantaggiati.

Di seguito gli elementi caratterizzanti.

	clausola sociale di assorbimento	clausola sociale di assorbimento con valutazione OT	clausola sociale di inserimento lavorativo	clausola sociale di inserimento lavorativo con valutazione OT
fonti normative	Artt. 50 e 100 del Nuovo Codice CCNL	Art. 95, comma 6 lett. a) del Nuovo Codice	art. 5, comma 4 L. 381/1991, art. 100 del Nuovo Codice	Art. 95, comma 6 lett. a) del Nuovo Codice e art. 13, c. 2 L.R. 12/2014
natura giuridica	condizione di esecuzione	di componente dell'OT	condizione di esecuzione	di componente dell'OT
è parte dell'OT	NO	SI	NO	SI
determina punteggio	NO	SI	NO	SI
richiede membro esperto	in NO	SI	NO	SI
commissione è oggetto di monitoraggio nell'esecuzione	SI	SI	SI	SI

A tale ultimo proposito, rinviando alla Parte Speciale delle presenti Linee Guida, in ordine alla compatibilità delle predette clausole sociali rispetto ai principi in materia di contratti pubblici, si precisa che l'attribuzione dei punteggi - nell'ambito dell'OEPV - rispetto alla componente dell'OT, relativa ai progetti individuali di inserimento lavorativo di soggetti svantaggiati dovrà essere rispettoso dei principi di ragionevolezza e di proporzionalità e tenendo conto della specifica natura dell'oggetto dell'affidamento.

Allegato B

Linee Guida regionali sull'affidamento dei servizi alle cooperative sociali - Schema di clausola sociale

SCHEMA DI CLAUSOLA SOCIALE

per l'inserimento lavorativo di soggetti svantaggiati

(clausola di sola esecuzione)

Con la presente clausola Questo Ente, nell'ambito della procedura di affidamento in oggetto, intende perseguire l'ulteriore finalità di creare opportunità di lavoro in favore di persone svantaggiate ed in condizione di fragilità, come definite dall'art. 3 della legge regionale 12/2014.

In attuazione dell'art. 100 del D.Lgs. 50/2016 (o, in alternativa, ai sensi dell'art. 5, comma 4, della legge 381/1991), gli atti di gara prevedono che l'aggiudicatario avrà l'obbligo di eseguire il contratto, fra l'altro, con l'impiego di lavoratori svantaggiati appartenenti alle categorie di _____ e residenti nei comuni della Provincia di _____ e con l'adozione di specifici programmi individuali di recupero e di inserimento lavorativo.

Le persone svantaggiate che dovranno essere impiegate durante l'esecuzione del contratto dovranno essere nella misura minima di n. ____ unità (o, in alternativa, nella misura del ____% rispetto alle unità lavorative complessivamente impiegate) ovvero nel maggior numero di unità lavorative appartenenti alle categorie svantaggiate descritte negli atti di gara, che il concorrente si è impegnato ad impiegare in sede di presentazione della propria offerta.

Le sopra precisate unità di persone svantaggiate dovranno essere mantenute invariate (o, al più, incrementate) durante l'esecuzione del contratto.

Le modalità di selezione dei lavoratori svantaggiati sono specificate negli atti di gara.

I Concorrenti dovranno, a pena di esclusione, elaborare - per ciascun soggetto e lavoratore svantaggiato - un programma personalizzato di formazione e di inserimento lavorativo, nel rispetto dei requisiti minimi stabiliti negli atti di gara.

A tale ultimo proposito, i Concorrenti dovranno inserire nella loro offerta, a pena di esclusione, specifica dichiarazione con la quale si obbligano, in caso di aggiudicazione, ad eseguire il contratto con l'impiego delle persone svantaggiate e con l'adozione di specifici programmi di recupero e inserimento lavorativo, impegnandosi a consentire il costante monitoraggio da parte degli enti pubblici di riferimento ed accettando incondizionatamente tutte le disposizioni previste dagli atti di gara.

Laddove i Concorrenti partecipino in ATI/RTI, l'assolvimento dell'obbligo di impiego di lavoratori svantaggiati dovrà essere garantito da almeno un componente del raggruppamento.

L'omessa presentazione della dichiarazione di impegno di cui sopra non potrà essere oggetto di regolarizzazione ai sensi dell'art. 83 del D.Lgs. 50/2016, trattandosi di dichiarazione negoziale.

SCHEMA DI CLAUSOLA SOCIALE

per l'inserimento lavorativo di soggetti svantaggiati

(clausola mista di esecuzione e ai fini della valutazione dell'offerta tecnica)

Con la presente clausola Questo Ente, nell'ambito della procedura di affidamento in oggetto, intende perseguire l'ulteriore finalità di creare opportunità di lavoro in favore di persone svantaggiate ed in condizione di fragilità, come definite dall'art. 3 della legge regionale 12/2014.

In attuazione dell'art. 100 del D.Lgs. 50/2016 (o, in alternativa, ai sensi dell'art. 5, comma 4, della legge 381/1991), gli atti di gara prevedono che l'aggiudicatario avrà l'obbligo di eseguire il contratto, fra l'altro, con l'impiego di lavoratori svantaggiati appartenenti alle categorie di _____ e residenti nei comuni della Provincia di _____ e con l'adozione di specifici programmi individuali di recupero e di inserimento lavorativo.

Le persone svantaggiate che dovranno essere impiegate durante l'esecuzione del contratto dovranno essere nella misura minima di n. ____ unità (o, in alternativa, nella misura del ____% rispetto alle unità lavorative complessivamente impiegate) ovvero nel maggior numero di unità lavorative appartenenti alle categorie

svantaggiate descritte negli atti di gara, che il concorrente si è impegnato ad impiegare in sede di presentazione della propria offerta.

Le sopra precisate unità di persone svantaggiate dovranno essere mantenute invariate (o, al più, incrementate) durante l'esecuzione del contratto.

Le modalità di selezione dei lavoratori svantaggiati sono specificate negli atti di gara.

I Concorrenti dovranno, a pena di esclusione, elaborare - per ciascun soggetto e lavoratore svantaggiato - un programma personalizzato di formazione e di inserimento lavorativo, nel rispetto dei requisiti minimi stabiliti negli atti di gara.

A tale ultimo proposito, i Concorrenti dovranno inserire nella loro offerta, a pena di esclusione, specifica dichiarazione con la quale si obbligano, in caso di aggiudicazione, ad eseguire il contratto con l'impiego delle persone svantaggiate e con l'adozione di specifici programmi di recupero e inserimento lavorativo, impegnandosi a consentire il costante monitoraggio da parte degli enti pubblici di riferimento ed accettando incondizionatamente tutte le disposizioni previste dagli atti di gara.

Laddove i Concorrenti partecipino in ATI/RTI, l'assolvimento dell'obbligo di impiego di lavoratori svantaggiati dovrà essere garantito da almeno un componente del raggruppamento.

L'omessa presentazione della dichiarazione di impegno di cui sopra non potrà essere oggetto di regolarizzazione ai sensi dell'art. 83 del D.Lgs. 50/2016 trattandosi di dichiarazione negoziale.

Inoltre, Questo Ente intende richiedere ai Concorrenti - in considerazione della rilevanza delle finalità di interesse generale dell'inserimento lavorativo di soggetti svantaggiati - di dare conto degli elementi progettuali relativi a ciascun inserimento lavorativo all'interno del progetto tecnico e secondo quanto previsto dagli atti di gara.

Il progetto del servizio dovrà contenere, oltre a tutti gli elementi prescritti dagli atti di gara, le seguenti indicazioni minime che formeranno oggetto di specifica attribuzione di punteggio in sede di valutazione delle offerte, secondo quanto specificato nell'art. ___ del bando di gara/lettera d'invito, facendo applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa:

a) numero dei soggetti appartenenti alle categorie svantaggiate di cui si prevede l'inserimento, con indicazione del monte ore complessivo di impiego, delle mansioni e delle condizioni contrattuali che verranno applicate;

b) qualità, continuità e personalizzazione del programma terapeutico e di inserimento sociale delle persone svantaggiate di cui si prevede l'inserimento, con indicazione del numero di unità, della qualifica e dell'esperienza del personale che verrà incaricato di assicurare l'inserimento lavorativo e il recupero sociale delle persone svantaggiate;

c) metodologia che verrà applicata nella selezione e nella collocazione delle persone svantaggiate;

d) percorsi formativi dedicati alle persone svantaggiate per assicurare un efficace inserimento lavorativo;

e) metodologia che verrà seguita nel processo di accompagnamento delle persone svantaggiate inserite durante lo svolgimento del lavoro;

f) raccordi con eventuali esperienze propedeutiche precedentemente realizzate;

g) strumenti per lo sviluppo e la stabilizzazione delle opportunità di lavoro per le persone svantaggiate (tipologia di rapporti di lavoro, quali, ad esempio, rapporti a tempo indeterminato, utilizzo di misure agevolative di stabilizzazione dei rapporti di lavoro ecc...).

Oltre allo schema tipo si è deciso di esaminare alcuni casi esemplificativi di applicazione delle clausole, e di valutarne la praticabilità.

Come premessa introduttiva si osserva che rientra nella discrezionalità della stazione appaltante, a seconda dei propri obiettivi e della tipologia di servizio oggetto di gara, la scelta:

- di quali delle seguenti casistiche applicare;
- degli elementi qualitativi (o sub-criteri) espressi, a titolo esemplificativo, nelle tabelle 2.1 e 3.1;
- dei punteggi (o sub-punteggi) attribuibili ai diversi elementi qualitativi di cui alle tabelle 2.1 e 3.1, a seconda dell'importanza che si intende assegnare loro.

Risulta evidente come il raggiungimento dello scopo sociale riguardante l'inserimento lavorativo di soggetti svantaggiati sia più efficace con l'attribuzione di punteggi (o sub-punteggi) più elevati a quegli elementi qualitativi (o sub - criteri) direttamente correlati all'inserimento lavorativo (tabella 2.1) e, insieme, al loro peso complessivo nell'ambito del punteggio totale raggiungibile nell'offerta tecnica.

Caso 1

Entrambe le clausole sociali, ossia quella del riassorbimento della manodopera e quella dell'inserimento lavorativo di soggetti svantaggiati, sono richieste come obbligo.

R. L'ipotesi non pare percorribile: le clausole risultano (cumulativamente) troppo onerose e riducono l'autonomia dell'impresa.

A titolo esemplificativo, si riportano 3 esempi che prevedono l'obbligo di applicare la clausola sociale per l'inserimento lavorativo di soggetti svantaggiati:

1.1 In conformità a quanto disposto dall'art. 100 del D.Lgs. 50/2016 il Fornitore si obbliga ad eseguire il servizio di (es. pulizie) prevedendo l'impiego di persone svantaggiate e in stato di fragilità almeno nella percentuale del 3% dell'importo complessivo dell'approvvigionamento del servizio, compatibilmente con l'organizzazione dell'impresa e con le esigenze tecnico - organizzative e di manodopera previste.

Oppure:

1.2 L'appaltatore è tenuto, nello svolgimento delle Attività dei servizi relativi al (es. verde), all'impiego stabile di persone svantaggiate di cui al Regolamento CE 2204 del 12 dicembre 2002, all'art. 2 (numeri 18 e 19) del Regolamento CE n. 800/2008 della Commissione del 6 agosto 2008 e di cui all'art. 1 del Decreto 20 marzo 2013 del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali. Il numero delle persone svantaggiate così impiegate non potrà essere inferiore al 10% del numero complessivo dei lavoratori effettivamente utilizzati per l'esecuzione dei predetti servizi, fatta salva la facoltà dell'aggiudicatario di valutarne la compatibilità con la propria struttura operativa e organizzazione di impresa. L'Appaltatore è tenuto altresì ad adottare, in relazione agli stessi soggetti, specifici programmi di recupero ed inserimento lavorativo.

Oppure:

1.3 È fatto obbligo alla ditta appaltatrice di fare eseguire una quota non superiore del 20% del valore del contratto a persone svantaggiate previa adozione di specifici programmi di recupero ed inserimento lavorativo.

Ed insieme l'obbligo di applicare la clausola sociale di riassorbimento di manodopera:

1.4 Ai sensi dell'art. 50 e dell'art. 100 del D.Lgs. 50/2016, al fine di garantire i livelli occupazionali esistenti, si applicano le disposizioni previste dalla contrattazione collettiva in materia di riassorbimento del personale. In particolare la Ditta aggiudicataria si impegna ad assumere prioritariamente, qualora abbia esigenza di

disporre di ulteriori risorse umane, il personale regolarmente e continuativamente impiegato dalla precedente gestione alle condizioni non inferiori a quelle già riconosciute, a condizione che il loro numero e la loro qualifica siano armonizzabili con l'organizzazione d'impresa prescelta dall'imprenditore subentrante.

Oppure:

1.5 Ai sensi dell'art. 50 e dell'art. 100 del D.Lgs. 50/2016, al fine di garantire i livelli occupazionali esistenti, si applicano le disposizioni previste dalla contrattazione collettiva in materia di riassorbimento del personale.

CASO 2

Una delle due clausole sociali è inserita come obbligo e l'altra è inserita come facoltativa.

R. L'ipotesi è percorribile: affidando un punteggio a una delle due clausole le imprese sono sullo stesso piano perché possono decidere in modo facoltativo se fare una proposta tecnica migliorativa.

A titolo esemplificativo, nel bando di gara in cui è previsto l'obbligo del riassorbimento dei lavoratori impiegati nel precedente appalto (vedere sopra, punto 1.4. o 1.5.), si inseriscono tra i criteri (o sub-criteri) oggetto di valutazione per la parte tecnica i punteggi (o sub - punteggi) relativi all'inserimento lavorativo di personale socialmente svantaggiato.

2.1 Elementi qualitativi relativi all'inserimento lavorativo di personale socialmente svantaggiato

ELEMENTI QUALITATIVI

PUNTEGGIO

A. Progetto inserimento lavorativo: caratteristiche del processo di reclutamento, valutazione, accoglienza e tutoraggio dei lavoratori svantaggiati impegnati sul servizio oggetto dell'appalto; numero, anzianità di servizio, qualifica degli operatori di supporto attivati ed attività formative previste; ore di formazione che verranno erogate ai lavoratori svantaggiati; percentuale di lavoratori svantaggiati che verranno formati nel corso dell'appalto

B. Numero complessivo previsto di inserimenti di lavoratori svantaggiati nell'ambito dei servizi oggetto dell'appalto;

C. Percentuale di lavoratori svantaggiati che saranno stabilizzati entro un certo periodo di contratto (es. 18 mesi) sul totale di lavoratori svantaggiati impegnati sul servizio in oggetto;

D. monte ore medie annue di attività sul servizio oggetto di appalto per lavoratore svantaggiato inserito.

CASO 3

Entrambe le clausole sono richieste come facoltative, cioè tra i criteri oggetto di valutazione per la parte tecnica si inseriscono punteggi (o sub-punteggi) relativi sia all'inserimento lavorativo di personale socialmente svantaggiato, sia al sistema del lavoro, tecnico e organizzativo, al cui ambito è riconducibile il riassorbimento di manodopera.

R. L'ipotesi è percorribile: non riduce l'autonomia delle imprese che sono sullo stesso piano e decidono liberamente fino a che punto spingersi con il miglioramento della proposta tecnica.

3.1 Elementi qualitativi relativi al sistema del lavoro, tecnico e organizzativo

ELEMENTI QUALITATIVI

PUNTEGGIO

A. Numero di dipendenti da impiegare a titolo esclusivo nell'appalto

B. Qualifica professionale attribuita e livelli di responsabilità, possesso titoli di studio professionali ed esperienza acquisita

C. Organigramma operativo con modello organizzativo inteso come complesso di tecnici che fanno parte integrante l'impresa o abbiano con la

stessa rapporti continuativi di consulenza

- D. Organizzazione del cantiere e simulazione di una settimana di lavoro;
- E. Criteri di esecuzione degli avvicendamenti del personale per sostituzioni lunghe, medie, brevi, per congedi, per malattia o altro);
- F. Tempi e turni di lavoro in funzione dell'organizzazione presentata suddivisi per ogni unità operativa
- G. Formazione prodotta direttamente o partecipata all'esterno dell'impresa.
- H. Soluzioni per garantire la continuità del rapporto di lavoro e garantire così il livello occupazionale precedenti in caso di cambio di appalto

A titolo esemplificativo, il bando di gara potrebbe contenere uno o più elementi qualitativi contenuti, rispettivamente nelle tabelle ai punti 2.1 e 3.1.

CASO 4

È previsto nel CCNL (e ad oggi nella legislazione italiana i CCNL che la prevedono sono: Turismo artt. 332 e ss. del CCNL; Igiene ambientale art. 6 del CCNL; Multiservizi art. 4 del CCNL; Cooperative sociali art. 37 del CCNL) la clausola sociale di riassorbimento di manodopera in caso di cambio di appalto ed insieme, nel bando di gara, è richiesto l'obbligo di applicazione della clausola sociale per l'inserimento di soggetti svantaggiati.

R. Si ricadrebbe nel caso 1 poiché nella fase di esecuzione entrambe le clausole si configurano come obblighi, e sarebbe troppo gravoso per le imprese.

Tale caso si avrebbe qualora, ad esempio, il bando di gara contenesse il seguente paragrafo:

4.1 Nell'ipotesi di cambio di gestione dell'appalto, la ditta subentrante è altresì tenuta al rispetto delle prescrizioni dell'art. 4 del CCNL Multiservizi (o potrebbe farsi l'esempio con Turismo artt. 332 del CCNL e ss, Igiene ambientale art. 6 del CCNL, Cooperative sociali art. 37 del CCNL), e in altro paragrafo la clausola sociale per l'inserimento di soggetti svantaggiati di cui ai punti o 1.1, o 1.2 o 1.3.

CASO 5

È previsto nel CCNL (e ad oggi nella legislazione italiana i CCNL che la prevedono sono: Turismo artt. 332 e ss. del CCNL, Igiene ambientale art. 6 del CCNL, Multiservizi art. 4 del CCNL, Cooperative sociali art. 37 del CCNL) la clausola sociale di riassorbimento di manodopera in caso di cambio di appalto ed insieme, nel bando di gara, è assegnato un punteggio (esplicitato in sub-punteggi) al progetto di inserimento lavorativo, oggetto di valutazione per la parte tecnica.

R. Si ricadrebbe nel caso 2. In questo caso la clausola di riassorbimento obbligatoria da CCNL, da attuare nell'esecuzione, si accompagna alla clausola di inserimento lavorativo di soggetti svantaggiati che assegna punteggio (e quindi non è obbligatoria bensì facoltativa).

A titolo esemplificativo, il bando di gara potrebbe contenere il paragrafo di cui al punto 4.1 e uno o più elementi qualitativi contenuti nella tabella 2.1.

Allegato C

Linee Guida regionali sull'affidamento dei servizi alle cooperative sociali - Formule per l'attribuzione del punteggio all'elemento prezzo

La determinazione dell'incidenza del prezzo nella valutazione dell'offerta rientra, in via generale, nella discrezionalità della stazione appaltante, fatte salve le ipotesi che prevedano un peso minimo (o massimo) predeterminato o l'applicazione di formule specifiche.

In ogni caso - in coerenza con le finalità delle presenti Linee Guida - va ricercato un equilibrio tra prezzo e qualità che è necessariamente correlato alla specificità dei servizi (della loro qualità e della tutela degli utenti finali) nonché delle esigenze sociali volte all'inserimento lavorativo di soggetti svantaggiati ed all'utilizzo delle clausole sociali.

A tale ultimo proposito, occorre prestare attenzione al peso che si intende attribuire all'elemento prezzo affinché sia coerente con l'obiettivo di assicurare, da un lato, alla stazione appaltante, il risultato migliore e più conveniente e, dall'altro, di consentire ai partecipanti di confidare in una equilibrata valutazione dell'offerta.

In particolare la stessa AVCP ha evidenziato che "L'impostazione corretta tra il peso dei criteri qualitativi e quello dei criteri quantitativi, in particolare del prezzo, deve essere, nei riguardi del peso complessivo, in rapporto di prevalenza a favore dei criteri qualitativi rispetto ai criteri quantitativi, al fine di non frustrare la ratio stessa dell'offerta economicamente più vantaggiosa, che postula la ottimale ponderazione del rapporto qualità/prezzo. Ne deriva la grande importanza di effettuare, in sede di impostazione della gara, simulazioni di vario tipo, prima di cristallizzare la scelta definitiva negli atti di gara" (12) .

L'AVCP ha altresì precisato che "L'individuazione, pertanto, del corretto rapporto tra le due componenti, deve essere effettuata dalla stazione appaltante sulla base di una preliminare valutazione correlata:

- al mercato di riferimento ed alle tipologie di tecnologie presenti e dei relativi costi;
- al numero dei potenziali concorrenti in grado di garantire soluzioni idonee e qualitativamente rispondenti ai requisiti ricercati;
- al grado di puntualità delle specifiche tecniche poste a base di gara" (13) .

La scelta dei meccanismi di valutazione non può che scaturire, in ogni caso, da un'analisi, da parte della stazione appaltante, dei propri fabbisogni ed obiettivi, delle proprie esperienze pregresse e del contesto di mercato di riferimento.

In sintesi, con riferimento al tema delle formule matematiche, per l'attribuzione del punteggio all'elemento prezzo/quantità, si precisa che le singole Stazioni appaltanti godono della discrezionalità di stabilire:

- a) la ripartizione dei pesi fra l'Offerta Tecnica (OT) e quella economica (OE) nell'ambito dell'utilizzo del criterio dell'Offerta Economicamente Più Vantaggiosa (OEPV);
- b) in concreto la formula matematica, non essendo vincolate ad utilizzare (nel regime previgente) quelle previste dal Regolamento attuativo del D.Lgs. 163/2006 (nei termini, Cons. Stato, Sez. V, 27 marzo 2015 n. 1619 e giurisprudenza ivi citata (14));
- c) la previsione negli atti di gara - quale Lex specialis - del principio della riparametrazione con conseguente vincolatività per la Commissione giudicatrice e chiarezza in ordine alle modalità di attribuzione dei punteggi (nei termini, AVCP, det. n. 7/2011; Cons. Stato, Sez. V, 27 agosto 2014, n. 4359 e Sez. III, 23 luglio 2015 n. 3649).

Ciò posto, si ritiene che - in considerazione della specificità delle finalità insite nell'affidamento dei servizi e nell'attuazione delle politiche di inserimento lavorativo di soggetti svantaggiati - appare opportuno che le Stazioni appaltanti adottino formule matematiche che siano capaci di evitare effetti di appiattimento della competizione sul fattore massimo ribasso e tali da alterare il rapporto di proporzionalità stabilito dalla stazione appaltante fra la componente tecnica (OT) e quella economica (OE). E ciò anche in coerenza con gli obiettivi fissati nelle Linee Guida.

Per tale ragione si consiglia di evitare formule che, a fronte di piccole differenze nel ribasso offerto, evidenzino una forte variazione del punteggio assegnato.

Inoltre, la valorizzazione dell'elemento della qualità dell'offerta può essere ottenuta:

1. fissando un limite minimo in relazione al punteggio attribuito all'offerta tecnica quale soglia di sbarramento al di sotto della quale l'offerta non è ammessa alle ulteriori fasi della procedura di gara (15) ;
2. circoscrivendo il peso attribuibile all'elemento prezzo, qualora si adottino formule che assumano a riferimento i ribassi percentuali.

Sotto questo secondo profilo, si osserva che l'art. 95, comma 7, del Nuovo Codice dei contratti pubblici prevede la possibilità che l'elemento relativo al costo possa assumere la forma di un prezzo o costo fisso sulla base del quale gli operatori economici competeranno solo in base a criteri qualitativi.

Più in generale, fermo restando che occorre rispettare i limiti, minimi e massimi, qualora siano previsti per specifiche ipotesi, il rapporto fra il punteggio attribuibile alla componente qualitativa dell'offerta e il punteggio attribuibile all'elemento prezzo può essere di volta in volta individuato dalle singole amministrazioni attraverso la valutazione di un numero congruo di casistiche in aggiudicazione di servizi analoghi per tipologia di contratto e caratteristiche quali-quantitative del servizio.

La componente prezzo e il peso ad esso attribuibile possono essere valutati in sede di predisposizione del bando con sufficiente grado di congruità da parte della stazione appaltante attraverso i contratti collettivi di riferimento ed i relativi costi standard.

Al fine di agevolare le scelte delle Stazioni appaltanti, coerentemente con le finalità delle presenti Linee Guida, vengono di seguito indicate alcune formule per l'attribuzione del punteggio relativo all'elemento prezzo, usualmente utilizzate nella vigenza del D.Lgs. 163/2006, anche per l'affidamento di servizi sociali.

Va però precisato che il perdurare della loro applicabilità dovrà essere verificato alla luce delle disposizioni (anche di soft-regulation) previste dal Nuovo Codice dei contratti pubblici per la sua attuazione.

FORMULA n. 1).

Questa formula, già prevista dall'Allegato P al D.P.R. n. 207/2010, comporta un'elevata competizione sul prezzo e produce gli effetti di appiattimento di cui sopra poiché, "a fronte di piccole differenze nel ribasso offerto si evidenzia una forte variazione del punteggio assegnato" (16) :

$V_i - R_i / R_{max}$

Con:

$V_i =$ Coefficiente dell'offerta i -esima $0 \leq V_i \leq 1$

$R_i =$ Ribasso relativo all'offerta i -esima

$R_{max} =$ Ribasso massimo tra tutte le offerte presentate

Si consiglia quindi l'utilizzo di formule che possono disincentivare ribassi troppo aggressivi.

Formula n. 2.

L'Allegato P al D.P.R. n. 207/2010 prevedeva altresì una formula in cui il calcolo dei coefficienti relativi all'elemento prezzo è effettuato "considerando un valore soglia rappresentato dalla media dei diversi ribassi offerti al di sopra del quale si ottiene un abbattimento dell'incremento del punteggio" (17) .

Questa formula si fonda su un valore soglia pari alla media delle offerte e su un indice X fissato dalla stazione appaltante, individuabile in 0,80 o 0,85 o 0,90:

C_i (per $A_i \leq A_{soglia}$) = $X * A_i / A_{soglia}$

C_i (per $A_i > A_{soglia}$) = $X + (1,00 - X) * ((A_i - A_{soglia}) / (A_{max} - A_{soglia}))$

dove:

C_i = coefficiente attribuito al concorrente i-esimo;

A_i = valore dell'offerta (ribasso) del concorrente i-esimo

A_{soglia} = media aritmetica dei valori delle offerte (ribasso sul prezzo) dei concorrenti

$X = 0,80$ oppure $0,85$ oppure $0,90$ (occorre indicare nei documenti di gara quale delle tre percentuali va applicata).

Al riguardo, l'AVCP aveva già evidenziato che, "per diminuire l'importanza dell'elemento prezzo, è necessario utilizzare gli indici X maggiormente elevati ($0,85$ o $0,90$). Tale formula ha lo scopo di scoraggiare il superamento di determinate soglie, per garantire la qualità dell'offerta o evitare una eccessiva compressione del costo del lavoro. Tale formula si presta, quindi, ad essere utilizzata nel caso in cui la stazione appaltante voglia scoraggiare i concorrenti a praticare ribassi troppo elevati, come, ad esempio, nel caso di servizi ad alta intensità di lavoro, quali i servizi di pulizia. Anche in tale caso, resta rispettato il principio che il coefficiente è crescente al crescere del ribasso o al diminuire del prezzo" (18).

A tale proposito si sottolinea che, in presenza di un numero basso di offerte, tale formula può produrre effetti di appiattimento analoghi a quelli precedentemente descritti. Pertanto, al fine di mitigare tali effetti, risulta opportuno prevedere l'utilizzo del valore soglia pari a $0,9$.

Formula n. 3.

In particolare si rileva, infine, che nell'ambito dei servizi in cui è prevalente la componente collegata alla valorizzazione del costo del lavoro, è in uso la formula del metodo inversamente proporzionale:

Punteggio attribuito = (Prezzo più basso offerto/Prezzo offerto in esame) * Punteggio Offerta Economica (19).

Questa formula assume a riferimento il valore assoluto del prezzo offerto e, pur non essendo prevista dal regolamento (D.P.R. n. 207/2010), ha trovato il suo fondamento nelle considerazioni sopra espresse in ordine alla sfera di discrezionalità riconosciuta alle stazioni appaltanti nella scelta delle formule matematiche da applicare.

Sull'utilizzabilità di tale formula si sono registrati orientamenti diversi.

Infatti, vi è chi l'ha censurata in quanto non consente di attribuire tutto il differenziale di punteggio disponibile e dunque finisce per rendere totalmente influente l'offerta economica, riducendo il possibile scarto tra il minimo e il massimo ribasso (20).

Per converso, in applicazione del ricordato indirizzo secondo cui le stazioni appaltanti godono di ampia discrezionalità nella scelta delle formule matematiche, con il solo limite della manifesta illogicità, il Consiglio di Stato, quando ha avuto occasione di esprimersi su tale formula (21), ha ritenuto che questa "assicura al di là di ogni ragionevole dubbio, un differenziale adeguato, logico e ragionevole tra le offerte, garantendo un significativo rapporto proporzionale in grado di determinare [...] un notevole differenziale di punteggio allorché l'offerta economica migliore sia significativamente inferiore alla base d'asta. In definitiva la discrezionalità utilizzata dall'amministrazione appaltante nella scelta della contestata formula matematica per l'attribuzione del punteggio alle offerte economiche in gare non risulta macroscopicamente affetta da irragionevolezza, illogicità, ingiustizia manifesta o arbitrarietà" (22).

Occorre peraltro precisare che, secondo il giudice amministrativo, il metodo della proporzionalità inversa "non conduce a risultati abnormi o manifestamente ingiusti per l'attribuzione dei punteggi degli elementi della parte economica dell'offerta, perché i valori maggiori offerti possono attenuare l'effetto non proporzionale del risultato conseguito" (23) .

Questa formula, che è prevista fra quelle impiegabili per l'assegnazione del punteggio al prezzo offerto nell'ambito degli acquisti sul MEPA, "assegna un punteggio inversamente proporzionale al prezzo offerto, con coefficiente di proporzionalità dato dal prezzo più basso offerto in gara. La pendenza della curva (e, dunque, le differenze di punteggi attribuiti) è minore rispetto a quella della formula lineare alla migliore offerta, fatto salvo per casi particolari in cui i ribassi offerti risultino molto elevati (superiori al 50% rispetto alla base d'asta). In conseguenza di ciò, questa formula induce minori differenze tra i punteggi attribuiti e, dunque, minore competizione sul prezzo" (24) .

Formula n. 4.

Infine, l'obiettivo di non "premiare" ribassi alti può essere perseguito con l'utilizzo di formule di tipo non lineare (25) .

A titolo esemplificativo, la formula può essere del tipo (26) :

La formula non lineare può essere del tipo:

$$V_i = \left(\frac{R_i}{R_{\max}} \right)^\alpha$$

Con:

R_i = ribasso offerto dal concorrente i -esimo

R_{\max} = ribasso massimo offerto in gara

α = coefficiente > 0

impiegando valori del coefficiente alfa inferiori a 1.

(12) AVCP, determinazione 24 novembre 2011 n. 7, p. 13.

(13) AVCP, ibidem.

(14) I principi elaborati dalla giurisprudenza amministrativa (Cons. Stato, Sez. V, 22 gennaio 2015, n. 257; 15 luglio 2013, n. 3802; 12 giugno 2013, n. 3239; 18 febbraio 2013, n. 978; 27 giugno 2012, n. 3781; 22 marzo 2012, n. 1640; 1° marzo 2012, n. 1195; 18 ottobre 2011, n. 5583; Sez. III, 22 novembre 2011, n. 6146; Sez. VI, 11 maggio 2011, n. 2795; Cass. civ., Sez. un., 17 febbraio 2012, nn. 2312 e 2313; Corte cost., 3 marzo 2011, n. 175) hanno riconosciuto che nelle gare pubbliche la formula da utilizzare per la valutazione dell'offerta economica può essere scelta dall'amministrazione con ampia discrezionalità e di conseguenza la stazione appaltante dispone di ampi margini nella determinazione non solo dei criteri da porre quale riferimento per l'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ma anche nella individuazione delle formule matematiche, con la conseguenza che il sindacato giurisdizionale nei confronti di tali scelte, tipica espressione di discrezionalità tecnicoamministrativa, può essere consentito unicamente in casi di abnormità, sviamento e manifesta illogicità.

(15) Cfr. Tar Lazio, Sez. III quater, 22 settembre 2015, n. 11347.

(16) AVCP, Il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, Quaderno, Dicembre 2011, p. 8. Tale formula effettua l'interpolazione lineare fra i ribassi offerti e non fra i prezzi offerti in valore assoluto: la legittimità di tale formula è stata riconosciuta, anche recentemente, da Tar Lazio, Sez. III

quater, 22 settembre 2015, n. 11347 secondo cui, per converso, il ricorso a formule matematiche diverse richiede un'attenta e preventiva analisi del mercato di riferimento.

(17) AVCP, Il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, cit., p. 10.

(18) AVCP, determinazione 24 novembre 2011 n. 7, p. 26 ss.

(19) Il calcolo del punteggio con l'applicazione di tale formula è possibile solo in presenza di valori di prezzo ammessi superiori allo zero. Sul punto cfr. Tar Lazio, Sez. III quater, 9 aprile 2014 n. 3850, conf. da Cons. Stato, Sez. III, 13 maggio 2015, n. 2400.

(20) Cfr. AVCP, parere n. 193 del 3 novembre 2010. Sulla necessità che, nell'assegnazione dei punteggi, venga utilizzato tutto il potenziale range differenziale previsto per ciascuna voce ed in particolare della voce prezzo v. Cons. Stato, Sez. V, 31 marzo 2012, n. 1899.

(21) Nel caso in questione la formula indicata nella lex specialis prevedeva che il punteggio massimo attribuibile per l'elemento prezzo, pari a 35 punti, sarebbe stato assegnato secondo la formula $Ptn=35 \times PMin / POff$ (dove Ptn è il punteggio dell'offerta n; PMin è il prezzo minimo offerto e POff è il prezzo offerto dalla ditta in esame).

(22) Cons. Stato, Sez. V, 15 luglio 2013, n. 3802. Secondo il Consiglio di Stato, Sez. V, 27 giugno 2012, n. 3781 il metodo della c.d. proporzionalità inversa ha dignità logico giuridica e non conduce a risultati abnormi o manifestamente ingiusti.

(23) Tar Lombardia, Sez. IV, 26 novembre 2015, n. 2496.

(24) Cfr. Manuale d'uso del Sistema di e-procurement per le amministrazioni - Le formule della piattaforma di e-procurement Acquisti in rete (aggiornato al 11 maggio 2015), in: https://www.acquistinretepa.it/opencms/export/sites/acquistinrete/documenti/Help_documentazione/Approfondimento-Formule_Piattaforma.pdf

(25) Sulla possibilità, in assenza di specifici vincoli normativi, di utilizzare anche formule di tipo non lineare, finalizzate a disincentivare sconti eccessivi sul prezzo a scapito della componente qualitativa dell'offerta, cfr. Tar Lazio, Sez. II, 17 novembre 2015, n. 13003, TAR Lazio, Sez. III quater, 4 marzo 2014 n. 2522.

(26) AVCP, Il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, cit., p. 11 ss.