

CAPITOLO VIII

LE MODALITA' DI AFFIDAMENTO ALTERNATIVE ALL'EVIDENZA PUBBLICA

SOMMARIO: 1. Gli affidamenti in economia: il cottimo fiduciario e l'amministrazione diretta. - 1.1. I lavori in economia. - 1.2. Le acquisizioni in economia di forniture e servizi. - 2. Il rinnovo e la proroga dei contratti pubblici. - 3. Gli appalti riservati alle cooperative sociali.

1. Gli affidamenti in economia: il cottimo fiduciario e l'amministrazione diretta

L'istituto delle acquisizioni in economia è risalente nel nostro ordinamento già alla metà dell'Ottocento (*cf.* artt. 328, 329, 341, legge 28 marzo 1865 n. 2248 All. F; art. 67, R.D. 25 maggio 1865 n. 350), ed è oggi disciplinato dall'art. 125 del Codice dei contratti pubblici.

Tale norma regola in maniera unitaria le acquisizioni in economia di lavori, forniture, e servizi, prevedendo, altresì, al comma 14, che i procedimenti di acquisizione di prestazioni in economia sono disciplinati, nel rispetto del medesimo articolo, nonché dei principi in tema di procedure di affidamento e di esecuzione del contratto desumibili dal Codice, dal regolamento di attuazione.

Nelle more dell'emanazione di tale regolamento è previsto, dall'art. 253, comma 22, che continuano ad applicarsi le norme attuative dei lavori in economia, contenute nel d.P.R. n. 554/1999 (art. 88 ed artt. da 142 a 148), non derogate dalle disposizioni del Codice.

Ai fini della disciplina degli acquisiti in economia, il "mero" richiamo ai principi del Codice comporta che a tali affidamenti non è applicabile lo specifico contenuto delle norme disciplinanti le ordinarie procedure ad evidenza pubblica.

Sul punto l'elaborazione giurisprudenziale fornisce un aiuto concreto, stabilendo quali delle norme del Codice assumano rango di "principio", e siano, dunque, applicabili *ipso jure* agli affidamenti ex art. 125.

Tuttavia, resta ferma la facoltà dell'amministrazione di vincolarsi al rispetto di specifiche previsioni, richiamandole espressamente nella lettera d'invito o nell'avviso con cui si indice la gara.

1.1 I lavori in economia

Si ha esecuzione in economia – definizione formulata con riguardo ai lavori ma valevole anche per servizi e forniture - quando la stazione appaltante provvede direttamente al compimento di un lavoro a mezzo di un proprio ufficio, il quale - di volta in volta - assume la mano

**Norme applicabili alle
acquisizioni in economia**

**Definizione di esecuzione in
economia**

d'opera o impiega operai dipendenti della stessa amministrazione; acquista i materiali; noleggia i mezzi d'opera e di trasporto; acquista o noleggia quant'altro occorra per l'esecuzione; organizza e gestisce il lavoro.

Tale sistema presenta il vantaggio di far conseguire alla S.A. un risparmio pari al profitto dell'imprenditore, e garantisce più efficacemente l'impiego di materiali adeguati e l'accuratezza dell'esecuzione.

L'esecuzione in economia è riconosciuta come sistema idoneo a realizzare lavori di piccola entità che non richiedono notevoli mezzi d'opera, né speciali attrezzature tecniche; quando la stazione appaltante già possessa la forza lavoro e si tratti di manufatti di facile esecuzione; per lavori che hanno una certa continuità (come ad esempio, quelli di manutenzione) o per i quali il controllo non può effettuarsi che durante l'esecuzione (ad es. pavimentazioni stradali).

I lavori in economia possono essere eseguiti anche nella forma del "cottimo", in base al quale la stazione appaltante stipula apposita convenzione con impresa idonea, tanto per i lavori che per le somministrazioni.

Come dianzi rilevato, a norma dell'art. 125, comma 1, l'acquisizione in economia di lavori può avvenire mediante amministrazione diretta o mediante procedura di cottimo fiduciario.

Inoltre, ai sensi del successivo comma 5, d.lgs. 163/06, i lavori eseguibili in economia non possono superare i 200.000 Euro e sono individuati da ciascuna stazione appaltante, con riguardo alle proprie specifiche competenze e nell'ambito delle seguenti categorie generali:

- a) manutenzione o riparazione di opere od impianti quando l'esigenza è rapportata ad eventi imprevedibili e non sia possibile realizzarle con le forme e le procedure previste agli artt. 55, 121 e 122 (e cioè mediante procedure aperte o ristrette);
- b) manutenzione di opere o di impianti;
- c) interventi non programmabili in materia di sicurezza;
- d) lavori che non possono essere differiti, dopo l'infruttuoso esperimento delle procedure di gara;
- e) lavori necessari per la compilazione di progetti;
- f) completamento di opere o impianti a seguito della risoluzione del contratto o in danno dell'appaltatore inadempiente, quando vi è necessità e urgenza di completare i lavori.

Orbene, dalle citate disposizioni si evince che, per i lavori, sussistono due distinte modalità di acquisizione in economia: l'amministrazione diretta e il cottimo fiduciario.

L'amministrazione diretta è caratterizzata dalla circostanza che l'ente appaltante provvede direttamente all'esecuzione del lavoro assumendo operai o utilizzando il proprio personale (esecuzione in proprio), mentre nel cottimo fiduciario l'ufficio competente stipula direttamente accordi con ditte di fiducia.

La peculiarità di entrambi i suddetti istituti è che i relativi contratti sorgono e vengono eseguiti sotto la diretta responsabilità del

L'esecuzione in economia nasce come modalità di esecuzione di lavori di piccola entità

Le categorie di lavori affidabili in economia sono elencate nell'art. 125, comma 5 del Codice

I lavori possono essere affidati in economia fino ad un importo massimo di 200.000 Euro. In amministrazione diretta, il limite è di 50.000 Euro

funzionario incaricato (*cf.* Corte dei Conti, 12 gennaio 1989, n. 2058).

Il funzionario incaricato impegna se stesso come persona fisica e non solo come organo dell'Amministrazione, la quale, con l'esecuzione dei lavori in economia, fa realizzare gli stessi con una sua più diretta e puntuale partecipazione (*cf.* Corte dei Conti, Sez. Contr. dello Stato, 15 marzo 1979, n. 953; id. 1 giugno 1992, n. 35).

Ciò trova conferma nel disposto dell'art. 125, comma 2, del Codice che prevede che, per ogni acquisizione in economia, le SS.AA. operano attraverso un responsabile unico del procedimento a cui compete, dunque, la diretta responsabilità dell'esecuzione del contratto.

L'art. 125 del Codice pone, tuttavia, un limite all'esecuzione di lavori in amministrazione diretta, e cioè che il loro importo non superi i 50.000 Euro.

Tale limitazione sembrerebbe trovare giustificazione nella circostanza che l'istituto in discussione sembra avere carattere residuo e desueto, anche perché, nella prassi, sono assai rari i casi in cui la realizzazione in amministrazione diretta di un lavoro pubblico si rivela più conveniente rispetto all'esecuzione mediante affidamento ad un operatore economico terzo.

Il cottimo fiduciario, invece, è una procedura negoziata in cui le acquisizioni avvengono mediante affidamento a terzi nel rispetto dei principi di trasparenza, rotazione, parità di trattamento, previa consultazione di almeno 5 operatori, se sussistono in tale numero soggetti idonei. Gli operatori da invitare alla procedura sono individuati sulla base di indagini di mercato ovvero tramite elenchi di operatori economici (es. albo fornitori) predisposti dalla stazione appaltante cui accedere previa verifica dei requisiti di idoneità morale e dei requisiti di capacità tecnico-professionale ed economico-finanziaria prescritti per prestazioni di pari importo affidate con le ordinarie procedure di gara.

Ai sensi del comma 8 dell'art. 125, quando i lavori da affidare in economia sono pari o superiori a 40.000 Euro e fino a 200.000 Euro, l'affidamento avviene mediante cottimo, secondo la procedura dianzi delineata; per i lavori in economia di importo inferiore a 40.000 Euro, è consentito l'affidamento diretto da parte del responsabile del procedimento.

1.2. Le acquisizioni in economia di forniture e servizi

L'acquisizione in economia di beni e servizi, analogamente a quanto previsto per i lavori, può avvenire tramite amministrazione diretta o cottimo fiduciario.

L'acquisizione mediante amministrazione diretta di servizi e forniture, in mancanza di una disposizione analoga a quella per i lavori (comma 5, secondo capoverso), che ponga un limite di valore, deve ritenersi applicabile fino alla soglia comunitaria.

Nel sistema in economia, il funzionario assume diretta responsabilità dell'esecuzione

Modalità di affidamento

Soglie di importo per gli affidamenti in economia di servizi e forniture

L'art. 125, ai commi 9 e 10, dispone che le forniture e i servizi in economia sono ammessi per importi inferiori a 137.000 Euro per le amministrazioni aggiudicatrici di cui all'art. 28, comma 1 lett. a) (amministrazioni centrali dello Stato: Presidenza del Consiglio, Ministeri, Consip, etc.), e per importi inferiori a 193.000 Euro per le altre stazioni appaltanti.

L'acquisizione in economia di beni e servizi è ammessa in relazione all'oggetto e ai limiti di importo delle singole voci di spesa, preventivamente individuate con provvedimento di ciascuna stazione appaltante, con riguardo alle proprie specifiche esigenze.

Inoltre, il ricorso all'acquisizione in economia è consentito in alcune ipotesi specificamente indicate dalla norma:

a) risoluzione di un precedente rapporto contrattuale, o in danno del contraente inadempiente, quando ciò sia ritenuto necessario o conveniente per conseguire la prestazione nel termine previsto dal contratto;

b) necessità di completare le prestazioni di un contratto in corso, ivi non previste, se non sia possibile imporne l'esecuzione nell'ambito del contratto medesimo;

c) prestazioni periodiche di servizi, forniture, a seguito della scadenza dei relativi contratti, nelle more dello svolgimento delle ordinarie procedure di scelta del contraente, nella misura strettamente necessaria;

d) urgenza, determinata da eventi oggettivamente imprevedibili, al fine di scongiurare situazioni di pericolo per persone, animali o cose, ovvero per l'igiene e salute pubblica, ovvero per il patrimonio storico, artistico, culturale.

Il sistema di acquisizione in economia di servizi e forniture si caratterizza per due elementi sostanziali:

1) il limite massimo della spesa;

2) la definizione precisa delle prestazioni che possono essere acquisite mediante detta procedura.

Quindi, le acquisizioni in economia devono rientrare nei limiti di valore e nell'ambito degli oggetti definiti da apposito provvedimento dell'amministrazione, e per i quali si dimostri che detti oggetti siano "per loro natura" suscettibili di acquisizione in economia.

In altre parole, sebbene la soglia di acquisizione delle forniture e dei servizi in economia sia piuttosto alta, coincidendo con la soglia di applicazione della normativa comunitaria, la relativa procedura non è di per sé legittima solo ove sia rispettato il limite finanziario.

Occorre, infatti, quale elemento ulteriore, che l'oggetto dell'affidamento sia per sua natura acquisibile in economia, al fine di evitare che il ricorso al cottimo fiduciario si tramuti in un illegittimo aggiramento delle regole dell'evidenza pubblica.

Il comma 10 dell'art. 125 distingue due ipotesi di carattere generale nell'ambito delle quali le amministrazioni possono acquisire forniture e servizi in economia, disponendo, da una parte, che "*l'acquisizione in economia di beni e servizi è ammessa in relazione all'oggetto e ai*

I presupposti per le acquisizioni in economia di beni e servizi sono: limite di importo e definizione della prestazione nel regolamento economale

limiti di importo delle singole voci di spesa, preventivamente individuate con provvedimento di ciascuna stazione appaltante, con riguardo alle proprie specifiche esigenze”; e dall’altra che “il ricorso all’acquisizione in economia è altresì consentito” in una serie di casi specificamente elencati.

Il provvedimento dell’amministrazione, a cui fa riferimento il citato comma 10 dell’art. 125, ove individuare gli oggetti e i limiti di importo delle singole voci di spesa con riguardo alle proprie specifiche esigenze, ed in relazione alle quali acquisire in economia beni e servizi, deve essere un vero e proprio atto normativo di carattere regolamentare, atteso che, comunque, la disposizione prevede che l’individuazione di tali fattispecie debba avvenire preventivamente, e cioè prima di procedere all’acquisto.

E’, dunque, necessario che la stazione appaltante adotti preventivamente un atto regolamentare che individui l’oggetto delle forniture e dei servizi che possono essere affidati in economia.

Tale provvedimento, di norma, assume la forma del regolamento interno (cd. regolamento economale), con cui, appunto, viene individuato l’oggetto delle prestazioni affidabili in economia.

Circa le modalità di affidamento, il comma 11 dell’art. 125, analogamente a quanto previsto per i lavori al comma 8, prescrive che le forniture ed i servizi di importo inferiore a 20.000 Euro possono essere affidati direttamente dal responsabile del procedimento.

Per gli affidamenti di importo superiore a 20.000 Euro e fino alla soglia comunitaria, è previsto l’espletamento di gara informale con almeno cinque operatori economici.

La gara dovrà svolgersi, al pari di quanto prescritto per i lavori, nel rispetto dei principi di trasparenza, rotazione e imparzialità; gli operatori potranno essere scelti mediante indagini di mercato o tramite la formazione di elenchi.

Come rilevato con riguardo ai cottimi fiduciari per i lavori, anche per servizi e forniture, l’affidatario deve essere in possesso dei requisiti di capacità tecnico-professionale ed economico-finanziaria prescritti per prestazioni di pari importo affidate mediante gare ad evidenza pubblica.

La norma in esame prevede, infine, che gli elenchi dei fornitori, in ottemperanza al principio della massima correttezza, sono aperti a tutti gli operatori in possesso dei requisiti prescritti che facciano richiesta di essere iscritti, e sancisce il divieto di frazionamento artificioso degli appalti al fine di applicarvi la disciplina delle acquisizioni in economia.

2. Il rinnovo e la proroga dei contratti pubblici

In via preliminare, va evidenziato che il rinnovo di un contratto presuppone che si dia vita, tra le parti del contratto originariamente stipulato, ad un nuovo contratto; il rinnovo può essere espresso o tacito, a seconda delle modalità con le quali viene disposto, e novativo

Natura del provvedimento di individuazione delle prestazioni acquisibili in economia

Procedure di affidamento e limiti di importo

o non novativo, a seconda che vengano modificate o meno le condizioni contrattuali stipulate *ab origine* tra le parti.

La proroga, invece, è un istituto che ha quale effetto l'estensione della durata del rapporto, regolato dall'accordo originario; essa, dunque, consiste in un mero differimento del termine finale.

Nell'ambito dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, l'art. 57, comma 7, del Codice prevede che è sempre vietato il rinnovo tacito dei contratti, e che i contratti tacitamente rinnovati sono nulli.

Quanto al rinnovo espresso e alla proroga, con l'art. 23 della legge 18 aprile 2005, n. 62 (legge comunitaria 2004) e con il successivo il d.lgs. n. 163/06, la facoltà di rinnovare e di prorogare i contratti pubblici, prevista dall'oggi abrogato art. 6, comma 2, legge n. 537/1993, è stata espunta dal nostro ordinamento.

Tale novella prende le mosse dalla procedura di infrazione avviata dalla UE nei confronti dell'Italia proprio con riguardo alla disciplina, contenuta nel citato art. 6, comma 2, legge n. 537/1993, che consentiva i rinnovi contrattuali degli appalti di beni e servizi, in quanto lesiva del principio di affidamento dei contratti a mezzo di pubblica gara.

La giurisprudenza amministrativa, dal canto suo, ha ampiamente analizzato gli effetti delle citate novelle legislative, osservando che, in tema di rinnovo o proroga dei contratti pubblici di appalto, non vi è alcuno spazio per l'autonomia contrattuale delle parti, ma vige il principio che, salvo espresse previsioni dettate dalla legge in conformità della normativa comunitaria, l'amministrazione, una volta scaduto il contratto, deve, qualora abbia ancora la necessità di avvalersi dello stesso tipo di prestazioni, espletare una nuova procedura ad evidenza pubblica.

Residua, in capo all'amministrazione appaltante, la sola facoltà di consentire la cd. proroga tecnica dei contratti d'appalto, per il tempo necessario a consentire lo svolgimento di una nuova gara, e comunque per un periodo non superiore a sei mesi (*cf. ex multis* Cons. Stato, Sez. V, 8 luglio 2008, n. 3391).

La legittimità o meno del rinnovo resta, di fatto, questione di incerta soluzione, considerato che, se da un lato è stata abrogata la disposizione che prevedeva il rinnovo di contratti di servizi e forniture (art. 6, legge n. 537/93), dall'altro l'art. 29, comma 1, d.lgs. n. 163/06, nel disciplinare le modalità di calcolo del valore stimato degli appalti pubblici, sancisce il principio che tale calcolo debba tenere conto dell'importo massimo stimato, ivi compresa qualsiasi forma di opzione o rinnovo del contratto, assumendo, con ciò, che vi siano delle ipotesi in cui il rinnovo dei contratti sia consentito dalla normativa pubblicistica.

Sulla questione il Consiglio di Stato ha chiarito che l'intervento normativo operato con la legge n. 62/05 va letto ed applicato in modo da escludere ed impedire, in via generale ed incondizionata, la rinnovazione di contratti di appalto scaduti; inoltre, secondo il Supremo Giudice anche l'esegesi di altre disposizioni

Nozione di rinnovo e di proroga

L'istituto del rinnovo dei contratti pubblici è stato espunto dal nostro ordinamento a seguito della legge n. 62/2005

L'art. 29 del Codice sembra assumere che il rinnovo sia ancora legittimo...

dell'ordinamento, che consentirebbero, in deroga alle procedure ordinarie di affidamento degli appalti pubblici, l'affidamento, senza gara, degli stessi servizi per ulteriori periodi va condotta alla stregua del vincolante criterio che vieta (con valenza imperativa ed inderogabile) il rinnovo dei contratti (cfr. sentenza n. 6458 del 31 ottobre 2006).

Pertanto, è stato escluso che si possa ricorrere ad altre norme del Codice dei contratti per aggirare il divieto di rinnovo, quale, ad esempio, l'art. 57, comma 5 lett. b), che prevede l'affidamento mediante procedura negoziata della ripetizione dei servizi analoghi; tale affidamento, come chiarito nella relativa trattazione, costituisce istituto ben diverso dal rinnovo.

Infatti, mentre il rinnovo del contratto si sostanzia nella riedizione del rapporto originario tra stazione appaltante ed appaltatore, la ripetizione di servizi analoghi postula una nuova aggiudicazione (sia pure in forma negoziata) alla stregua di un progetto di base (e quindi, un nuovo contratto con conseguente obbligo di richiedere il CIG e pagare la contribuzione all'Autorità; etc.).

Si tratta, dunque, di due istituti profondamente distinti: *“mentre il rinnovo risultava applicabile a qualsiasi rapporto e comportava una ripetizione delle prestazioni per una durata pari a quella originariamente fissata nel contratto rinnovando, la ripetizione dei servizi analoghi comporta un nuovo e diverso vincolo contrattuale, con un diverso oggetto, come a tacer d'altro si ricava dal dato che la ripetizione può aver luogo solo nel triennio successivo alla stipula dell'appalto iniziale (vale a dire persino in pendenza del contratto originario, il quale può generalmente durare fino a quarantotto mesi). Rinnovo (vietato) e ripetizione dei servizi analoghi (ammessa a certe condizioni dal diritto di derivazione comunitaria) non sono pertanto istituti sovrapponibili”* (cfr. Cons. Stato, n. 2882/2009 cit.)

Resta, dunque, incerta, allo stato, la eventuale possibilità, per le amministrazioni, di ricorrere o meno al rinnovo dei contratti pubblici, fermo restando che, ove si preveda tale facoltà nell'appalto originario, occorrerà, invero, computare, nell'importo a base d'asta, anche il valore dell'opzione di rinnovo, e su tale complessivo importo determinare i requisiti di qualificazione da richiedere ai concorrenti.

Tuttavia, quanto alla proroga, recente giurisprudenza ha ammesso la legittimità della c.d. “proroga programmata” del contratto, e cioè quando la stessa sia stata prevista *ab origine* nel bando di gara, e comunque entro termini determinati (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 16 febbraio 2010, n. 850).

La previsione della proroga nella *lex specialis* di gara, infatti, consente che anche su di essa venga espletato il confronto concorrenziale svolto ai fini dell'affidamento del contratto originario, nel rispetto, dunque, dei principi di trasparenza e *par condicio* (cfr. TAR Veneto, Sez. I, 25 novembre 2008, n. 3637).

Il G.A. ha chiarito che non possono essere utilizzate altre disposizioni del Codice per scavalcare il divieto di rinnovo

Ammissibilità della proroga programmata

3. Gli appalti riservati alle cooperative sociali

La legge n. 381/91 e s.m.i., recante “*Disciplina delle cooperative sociali*”, dispone, all’art. 1, che le cooperative sociali 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 (es. centri diurni di aggregazione ragazzi e anziani, centri rieducativi per malati psichici, case famiglia, centri di ascolto, ludoteche, assistenza domiciliare, trasporto disabili etc..)

- lo svolgimento di attività diverse - agricole, industriali, commerciali o di servizi - finalizzate all’inserimento lavorativo di persone svantaggiate.

Sulla base di tale previsione si fonda la distinzione tra le cooperative di tipo a) e le cooperative di tipo b).

Le prime operano con finalità di promozione sociale e di sviluppo nella società, svolgendo servizi socio-sanitari, ma sono, di fatto, imprese a tutti gli effetti che si avvalgono di operatori qualificati per le prestazioni svolte.

Le cooperative di tipo b), invece, possono svolgere qualsiasi attività di impresa - agricola, industriale, artigianale, commerciale, di servizi - con la specificità di destinare una parte dei posti di lavoro così creati a persone svantaggiate, altrimenti escluse dal mercato del lavoro.

La definizione di persone svantaggiate si rinviene nell’art. 4 della legge 381, in base al quale i soggetti svantaggiati sono: invalidi fisici, psichici, sensoriali, ex degenti di istituti psichiatrici, tossicodipendenti, alcolisti, persone detenute, etc..

Le persone svantaggiate devono costituire almeno il 30% dei lavoratori impiegati nelle cooperative di tipo b) e, compatibilmente con il loro stato, essere socie della cooperativa stessa.

Tale requisito, infatti, costituisce condizione necessaria ai fini dell’iscrizione in apposita sezione dell’Albo Regionale ove ha sede la cooperativa.

L’art. 5, comma 1, della legge in esame dispone 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’art. 1, comma 1, lett. 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*”.

La richiamata disposizione, dunque, consente l’affidamento diretto, da parte di soggetti di natura pubblica, di servizi e forniture, di importo inferiore alla soglia comunitaria, a cooperative sociali di tipo b), ossia cooperative che svolgono attività diverse dalla gestione di servizi socio-sanitari ed educativi, e cioè attività agricole, industriali,

commerciali o di servizi finalizzate all'inserimento lavorativo delle persone svantaggiate.

Inoltre, tali cooperative devono essere iscritte all'Albo regionale o ad organismi aventi sede negli Stati membri della Comunità Europea in possesso di requisiti equivalenti.

Sulla questione delle convenzioni tra amministrazioni pubbliche e cooperative sociali, il giudice amministrativo ha ritenuto che *“la disciplina contenuta nell'art. 5 della legge n. 381 del 1991 è di carattere assolutamente eccezionale e, pertanto, il rinvio allo strumento della convenzione ex art. 5, l. n. 381 del 1991, finalizzato ad assicurare l'avviamento al lavoro di persone svantaggiate, non può consentire una completa deroga al generale obbligo di confronto concorrenziale in caso di utilizzo di risorse pubbliche per l'individuazione di un soggetto privato cui affidare lo svolgimento di servizi pubblici, per cui occorre il ricorso ad un confronto nel rispetto dei principi generali della trasparenza e della par condicio”* (cfr. TAR Lazio Roma, Sez. III quater, 9 dicembre 2008, n. 11093).

Pertanto, se, al fine di promuovere ed agevolare l'attività delle cooperative sociali si giunge a consentire alle amministrazioni di derogare, per la scelta del soggetto cui affidare i servizi pubblici, allo strumento della gara pubblica, a maggior ragione si deve ritenere possibile limitare la partecipazione a dette gare alle sole cooperative, essendo queste costituite allo scopo di perseguire l'interesse collettivo alla predisposizione d'interventi di sostegno in favore dei soggetti più bisognosi (cfr. TAR Basilicata, 29 novembre 2003, n. 1022).

Ne discende, dunque, che soltanto per affidamenti di importo inferiore alle soglie comunitarie (settori ordinari e speciali) le amministrazioni potranno procedere alla stipula di convenzioni con cooperative di tipo b) per l'affidamento di servizi o forniture diversi da quelli socio sanitari ed educativi

La *ratio* della disciplina di favore prevista dalla citata legge n. 381/91 trova ulteriore espressione nell'art. 2 del Codice dei contratti pubblici, che, al secondo comma, prevede che il principio di economicità può essere subordinato, entro i limiti in cui ciò sia espressamente consentito dalle norme vigenti e dal Codice, ai criteri, previsti dal bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute e dell'ambiente e alla promozione dello sviluppo sostenibile.

Inoltre, l'art. 52 del medesimo decreto, nel dettare la disciplina degli appalti riservati ai laboratori protetti, fa salve, espressamente, le disposizioni vigenti che disciplinano gli affidamenti diretti a cooperative sociali.

Con riguardo, invece, agli appalti di importo superiore alla soglia comunitaria, l'art. 5, comma 4, legge n. 381/91 cit., dispone che gli enti pubblici compresi quelli economici, nonché le società di capitali a partecipazione pubblica, nei bandi di gara di appalto e nei capitolati d'oneri possono inserire, fra le condizioni di esecuzione, l'obbligo di eseguire il contratto con l'impiego di persone svantaggiate e con

l'adozione di specifici programmi di recupero e inserimento lavorativo.

Tale facoltà può esercitarsi esclusivamente nell'ambito di appalti per la fornitura di beni o servizi diversi da quelli socio-sanitari ed educativi.

In tale seconda ipotesi, dunque, il regime di favore per le cooperative sociali non opera a monte, limitando l'accesso alla partecipazione alla gara, ma si attua in un momento successivo all'aggiudicazione vincolando il soggetto prescelto al rispetto di specifiche condizioni di esecuzione.

L'art. 5, comma 4, cit., infatti, dispone espressamente che la verifica della capacità di adempiere agli obblighi suddetti, da condursi in base alle disposizioni dettate dalla legge n. 381 cit., non può intervenire nel corso delle procedure di gara e comunque prima dell'aggiudicazione dell'appalto.

Tale previsione, dunque, consente alle amministrazioni appaltanti, anche in applicazione dell'art. 69 del Codice, che consente di prescrivere condizioni particolari di esecuzione del contratto attinenti anche ad esigenze sociali, di prevedere in bando che l'appalto debba eseguirsi con l'impiego di una determinata percentuale di soggetti svantaggiati.

Resta fermo, in ogni caso, che la disciplina prevista dalla legge 381/91 opera su un piano distinto rispetto alla normativa di derivazione comunitaria relativa agli appalti riservati, confluita nell'art. 52 del Codice.

In particolare, mentre l'art. 52 prevede la facoltà di riservare la partecipazione alle gare a soggetti qualificati come laboratori protetti per l'affidamento di appalti (ivi inclusi, quindi, appalti di lavori) di importo superiore alla soglia comunitaria, la riserva di all'art. 5 della legge 381 cit. può trovare applicazione soltanto per alcune tipologie di servizi e forniture di importi inferiori alle soglie comunitarie, residuando, per importi superiori alle suddette soglie, soltanto la facoltà di inserire in bando la previsione di specifiche condizioni di esecuzione.

**Lavori, servizi, forniture in economia
Art. 125, Codice Contratti pubblici**

**AFFIDAMENTO DIRETTO
DA PARTE DEL
RUP**

Art. 125, co.8.

**LAVORI
IMPORTO < 40.000 EURO**

Art. 125, co.11

**SERVIZI O FORNITURE
IMPORTO < 20.000 EURO**

CASI E MATERIALI

1. Per gli affidamenti in economia sono previste forme di pubblicità obbligatorie?

L'art. 125 del Codice degli appalti non prevede specifiche modalità di pubblicazione da rispettare ai fini degli affidamenti economici.

La norma, infatti, dispone che gli affidamenti di importo superiore a 20.000 Euro, per servizi e forniture, e a 40.000 Euro, per lavori, avvengono mediante cottimo fiduciario nel rispetto dei principi di trasparenza, rotazione, parità di trattamento, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, individuati sulla base di indagini di mercato ovvero tramite elenchi di operatori economici predisposti dalla stazione appaltante.

Gli affidamenti di valore inferiore alle suddette soglie avvengono invece in via diretta da parte del RUP.

Alla luce di quanto previsto dal Legislatore, dunque, non sussistono particolari obblighi di pubblicità, fermo restando la facoltà della stazione appaltante di dare pubblicità all'avviso o invito a presentare offerta, al fine di garantire la più ampia partecipazione, ovvero ai fini della costituzione di un albo fornitori.

In tale prospettiva, gli avvisi o inviti potranno essere pubblicati nelle forme ritenute più opportune, anche in un'ottica di economicità ed efficienza, sul sito della S.A., sull'albo pretorio, sui quotidiani locali, etc..

2. Negli affidamenti in economia le sedute di gara debbono svolgersi in seduta pubblica?

La recente giurisprudenza amministrativa ha sancito la generalità del principio di pubblicità delle sedute di gara, affermando che *"la regola generale della pubblicità della gara, segnatamente con riguardo al momento dell'apertura delle buste, è, peraltro, espressione del principio di trasparenza in tutta la materia degli appalti pubblici, qualsiasi forma procedurale sia prescelta per la selezione del contraente, comprese le procedure in economia"* (cfr. *ex multis* TAR Piemonte, Torino, Sez. II, 18 febbraio 2010, n. 990).

3. Nell'ambito di una gara sopra soglia comunitaria, è legittimo prevedere in capo all'aggiudicatario l'obbligo di assicurare, nello svolgimento dell'appalto, l'impiego di una determinata percentuale di persone svantaggiate di cui all'art. 4, comma 1, legge n. 381/91?

Ai sensi dell'art. 5, comma 4, legge n. 381/91, nell'ambito degli appalti sopra soglia comunitaria per la fornitura di beni o servizi diversi da quelli socio-sanitari ed educativi gli enti pubblici compresi quelli economici, nonché le società di capitali a partecipazione pubblica, nei bandi di gara di appalto e nei capitolati d'oneri possono inserire, fra le condizioni di esecuzione, l'obbligo di eseguire il contratto con l'impiego delle persone svantaggiate di cui all'art. 4, comma 1 (invalidi fisici, psichici e sensoriali, gli ex degenti di ospedali psichiatrici, anche giudiziari, i soggetti in trattamento psichiatrico, i tossicodipendenti, gli alcolisti, i minori in età lavorativa in situazioni di difficoltà familiare, le persone detenute o internate negli istituti penitenziari etc...) e con l'adozione di specifici programmi di recupero e inserimento lavorativo.

La verifica della capacità di adempiere agli obblighi suddetti, da condursi in base alle disposizioni dettate dalla legge n. 381 cit., non può intervenire nel corso delle procedure di gara e comunque prima dell'aggiudicazione dell'appalto.

Dal tenore della norma, dunque, la stazione appaltante ha la facoltà di prevedere, in capo all'aggiudicatario, l'obbligo di assicurare, nello svolgimento dell'appalto, l'impiego di una determinata percentuale di persone svantaggiate, a condizione che l'affidamento non abbia ad oggetto servizi socio – sanitari ed educativi.

Come osservato dall'Autorità di Vigilanza con parere sulla normativa del 14 maggio 2009, *“ai sensi dell'art. 69 del d.lgs. n. 163/06 è possibile per le stazioni appaltanti esigere condizioni particolari per l'esecuzione del contratto, purché compatibili con il diritto comunitario ed, in particolare, con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità e che siano precisate nel bando di gara, nella lettera d'invito o nel capitolato d'oneri. Tali condizioni possono attenersi, in particolare, ad esigenze sociali o ambientali, ma anche ad altre “esigenze” perseguite dall'amministrazione, purché non in contrasto con i predetti principi comunitari. L'impiego di “persone svantaggiate”, quale condizione di esecuzione dell'appalto, è conforme al disposto dell'art. 69 del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 sia in quanto modalità di prestazione del servizio finalizzata al perseguimento di obiettivi sociali, sia in quanto una simile previsione non presenta profili di contrasto con il diritto comunitario e con i principi del Trattato CE richiamati in tale disposizione normativa”*.

Ed ancora, con parere del 10 settembre 2008 (art. 69 d.lgs 163/06), l'Organo di Vigilanza ha ritenuto che *“è compatibile con il diritto comunitario la condizione particolare per l'esecuzione del contratto che, avendo richiesto per l'esecuzione del servizio oggetto della gara l'impiego di una data percentuale di persone svantaggiate nel rispetto dell'art. 5, comma 4, l. n. 381/1991, non discrimina gli operatori economici diversi dalle cooperative sociali che siano in grado di soddisfare le prescritte condizioni di esecuzione evidenziando che trattasi di condizione di esecuzione che può essere soddisfatta da*

qualunque operatore economico che si impegni in sede di gara ad eseguire le prestazioni secondo le prescrizioni indicate”.

L'art. 5 della legge n. 381/91 non indica quale sia la percentuale minima (o massima) di lavoratori svantaggiati da impiegare nello svolgimento dell'appalto, rimettendo, dunque, ad una valutazione discrezionale delle stazioni appaltanti l'individuazione di tale requisito.

Tuttavia, da una lettura organica della legge n. 381/91, si ritiene che il limite dell'impiego del 30% di persone svantaggiate, sancito dall'art. 4 per le cooperative sociali, possa costituire un valido criterio-guida per la determinazione di tale requisito, atteso che la previsione di una percentuale superiore al 30% potrebbe risultare illegittima in quanto limitativa della concorrenza e, quindi, in contrasto con i principi comunitari richiamati dall'art. 69 del Codice.