

Legge 381/91

Informazioni legislative e fiscali

da: Impresa sociale 27/1996

La legge concernente “disposizioni per l’adempimento di obblighi derivanti dall’appartenenza dell’Italia alle comunità europee - legge comunitaria 94”, approvata dal parlamento il 24 gennaio il 1996, ha modificato l’articolo 5 della legge 381/91.

In sintesi, la nuova normativa conferma la possibilità, per gli enti pubblici, di stipulare convenzioni in deroga ai contratti della pubblica amministrazione per importi inferiori ai 200.000 ECU. Per importi superiori, gli enti pubblici possono inserire fra le condizioni l’obbligo di eseguire il contratto con l’impiego di persone svantaggiate.

Il seguente commento di Mele chiarisce le ragioni della nuova norma, il campo di operatività delle convenzioni, distinguendo tra quelle inferiori e quelle superiori alla soglia comunitaria.

1. Le ragioni della nuova norma

Come è noto, con l’art.20 Della legge 6 febbraio 1996 n.52, si è provveduto, da parte del legislatore italiano, alla modifica dell’art.5 della legge 8 novembre 1991, n. 381, relativo alla possibilità della stipulazione di convenzioni tra gli enti pubblici e le cooperative sociali.

Perché questa modificazione?

Il vecchio testo aveva dato luogo a rilievi in sede comunitaria, ove si era censurata la norma in parola, in quanto questa, prevedendo la chiamata diretta di una cooperativa sociale ovvero il restringimento del campo di scelta alle medesime cooperative sociali per l’attribuzione di un contratto, si sarebbe posta contro i principi contenuti nella diverse direttive comunitarie, che invece indicavano la necessità di svolgimento di una gara aperta al maggior numero possibile di concorrenti, mentre la cosiddetta trattativa privata era prevista solo in casi particolari.

Il nuovo testo della norma, quindi, tende a superare le condizioni mosse in sede comunitaria, limitando, come vedremo, la possibilità della scelta senza gara soltanto alle convenzioni il cui importo complessivo si collochi al di sotto della soglia comunitaria.

2. Campo di operatività delle convenzioni

Il nuovo art. 5 della legge n.381 del 1991, come novellato dall’art. 20 della legge n.52 del 1995, ha innovato profondamente il campo di operatività delle convenzioni degli enti pubblici con le cooperative sociali.

La modifica più importante, insieme ad altre che saranno compiutamente esaminate nei paragrafi seguenti di questo lavoro, è consistita nella individuazione di due distinti campi di operatività:

- 1) uno, al di sotto della soglia comunitaria (o, meglio, come vedremo, delle diverse soglie comunitarie), nell’ambito del quale resta integra la facoltà per gli enti pubblici di stipulare la convenzione con una cooperativa sociale, anche prescindendo dalla necessità di seguire le regole della contrattualistica pubblica; cosa resa possibile dal fatto che la normativa comunitaria non trova applicazione al di sotto di determinati importi.
- 2) un altro, a partire dalla soglia comunitaria, nell’ambito del quale è esclusa la facoltà di attribuire direttamente la convenzione ad una cooperativa sociale, ma dove gli enti pubblici precedenti hanno la facoltà, se ne ritengono l’opportunità, a prevedere che l’esecuzione delle obbligazioni contrattuali debba essere presa anche con l’utilizzazione, mediante opportuni programmi di recupero, di lavoratori svantaggiati.

Come si deve, al di là dei problemi che la norma pone e che saranno esaminati successivamente, attualmente la situazione normativa si può così riassumere:

- 1) Il vecchio vincolo (facoltativo) verso le cooperative sociali risulta limitato ai soli contratti di importo inferiore alla soglia comunitaria;

2) Per i contratti di importo superiore, il vincolo (sempre facoltativo) non è dato direttamente a beneficio delle cooperative sociali, ma dei lavoratori svantaggiati in generale, i quali possono formare, a prescindere dal soggetto a cui è affidato l'appalto, un elemento accessorio, ma indefettibile della presa delle prestazioni contrattuali.

3. Le convenzioni sotto le soglie comunitaria

Le novità comparse nella nuova formulazione dell'art.5 della legge n.381 del 1991 sono molteplici. Vediamo quelle relative alle convenzioni il cui importo economico non raggiunge le soglie comunitarie.

Si nota, innanzitutto, un allargamento dei soggetti attivi delle convenzioni: queste non sono più solo gli enti pubblici istituzionali, ma anche gli enti pubblici economici e le società di capitali a partecipazione pubblica.

Si tratta di un settore notevole e fortemente presente soprattutto nel campo dei servizi e, in particolare, dei servizi pubblici locali, ove sono presenti le cosiddette *aziende speciali*, sia nella forma singolare sia della forma consorziale, e le società per azioni, introdotte dall'art.22 della legge n.142 del 1990.

A tale proposito, deve rivelarsi che la norma non pone il limite della maggioranza del capitale pubblico nelle società di capitali, per cui anche quelle che hanno una partecipazione pubblica minoritaria rientrano nella fattispecie normativa e possono, quindi, utilizzare a pieno titolo lo strumento della convenzione.

Viene ribadita, poi, la facoltà degli enti pubblici così come sopra definiti, ad utilizzare lo strumento della convenzione, per cui questo non è un obbligo giuridico di tali enti, ma solo una possibilità operativa.

Naturalmente, perché la previsione legislativa non risulti inutiliter data, occorrerà che i singoli enti pubblici diano la dimostrazione delle ragioni per le quali intendono non utilizzare la facoltà di dare luogo alle convenzioni, il che potrebbe avvenire anche con determinate azioni generali ovvero con programmi operativi, nell'ambito dei quali si stabilisca una ripartizione di massima tra attività da affidare mediante i sistemi tipici della contrattualistica pubblica attività da attribuire con il sistema del convenzionamento alle cooperative sociali.

Viene, inoltre, allargata la base dei soggetti potenzialmente beneficiari delle convenzioni, in quanto, oltre alle cooperative sociali, vengono richiamati "analoghi organismi" aventi la loro sede in altri stati membri della Comunità Economica Europea, così che, pur al di sotto delle varie soglie comunitaria, ha luogo, per espressa volontà del legislatore, un'apertura della fattispecie a tutti gli organismi operanti nel campo del recupero sociale, anche se stabiliti ed operanti in altri paesi della comunità europea.

Viene, altresì, ribadito che le cooperative sociali, per poter beneficiare delle convenzioni suddette, debbono essere iscritte nel relativo registro regionale, mentre per gli analoghi organismi presenti negli altri paesi della comunità economica europea è richiesta la dimostrazione del possesso degli stessi requisiti.

È previsto, infine, che le regioni pubblichino annualmente sulla gazzetta delle comunità europee sia i requisiti e le condizioni richieste per la stipula delle convenzioni che l'elenco degli organismi in possesso di tali requisiti.

Notiamo, successivamente, una modificazione, anche se non molto chiara (e su cui ci intratteremo specificamente nell'ultimo paragrafo di questo lavoro), in ordine all'oggetto delle convenzioni.

Questo è, in un primo tempo, limitato ai contratti di fornitura ed ai contratti di appalto di servizi, ma il successivo riferimento alle diverse soglie europee (al di sotto delle quali è possibile procedere con convenzioni) lascia intendere un allargamento oggettivo anche ai contratti di appalto di lavori.

Viene, inoltre, ribadita la necessità che tali convenzioni siano caratterizzate da un sistema di organizzazione della cooperativa beneficiaria tale da creare opportunità di lavoro per i soggetti svantaggiati indicati nell'art.4 della legge n.381/91.

4. Le convenzioni sopra la soglia comunitaria

Il nuovo quarto comma dell'art.5 della legge n.381 del 1991, come risulta dalle modificazioni apportate dall'art. 20 della legge comunitaria del 1994, è veramente innovativo.

Esso riguarda i contratti di appalto pubblici il cui importo stimato al netto dell'IVA sia uguale o superiore alle soglie comunitarie.

Per queste tipologie contrattuali la norma stabilisce le seguenti condizioni di operatività:

- 1) gli enti pubblici, anche quelli economici e le società di capitali a partecipazione pubblica (vale dire lo stesso raggruppamento soggettivo preso in considerazione dal legislatore per gli appalti di importo inferiore alle soglie comunitarie) hanno la possibilità di inserire nel bando di gara e nei capitolati speciali l'obbligo di eseguire il contratto con l'impiego di persone svantaggiate;
- 2) quest'obbligo comporta l'adozione di specifici programmi di recupero e di avviamento al lavoro dei soggetti svantaggiati.
- 3) la verifica della capacità di adempire all'esecuzione contrattuale mediante l'inserimento di lavoratori svantaggiati riguarderà soltanto il soggetto aggiudicatario del contratto e non anche tutti i candidati, per cui non potrà essere richiesto a questi ultimi la dimostrazione di tale requisito in sede di partecipazione alla gara pubblica.

Come si vede, per gli appalti di importo uguale o superiore alla soglia comunitaria, occorre comunque l'esperimento della gara pubblica, alla quale possono partecipare tutti gli imprenditori, siano essi imprenditori del campo "profit" che di quello a "non profit", solo che ad essi, quando aggiudicatari, può chiedersi l'adozione di specifici programmi e l'utilizzazione di lavoratori svantaggiati.

La norma presenta una serie di questioni.

La prima riguarda la facoltà degli enti pubblici di inserire nell'obbligazione contrattuale di utilizzare lavoratori svantaggiati.

È evidente che trattasi di una mera facoltà; solo che valgono le considerazioni prima svolte per le convenzioni di importo inferiore alla soglia comunitaria circa la necessità di esternare comunque le ragioni della scelta nell'uno o nell'altro senso.

Ora, però, quando gli importi sono notevoli, come nella specie del quarto comma, spesso è necessaria una specifica professionalità che, in qualche caso, può escludere la possibilità di esperimenti operativi, ovvero specialmente nel caso di forniture, può esservi in atto un appalto produttivo ben determinato che non consente alcun inserimento sperimentale.

È evidente, perciò, che le amministrazioni precedenti dovranno aver bene chiara la situazione di mercato e la natura delle prestazioni da rendersi prima di inserire o meno l'obbligo della utilizzazione di lavoratori svantaggiati.

Un'altra questione, che appare peraltro di più facile soluzione, è quella che l'inserimento può riguardare, naturalmente, anche soltanto una parte delle prestazioni richieste, ciò che non è scritto nella norma ma che si ricava agevolmente dal fatto che nessuno vieta che l'obbligo sia circoscritto ad una certa parte della prestazione, purché questa sia sufficiente a porre in essere un programma proficuo di inserimento lavorativo di persone svantaggiate.

Una questione molto importante è quella che l'obbligo contrattuale della utilizzazione di lavoratori svantaggiati non possa essere verificato durante l'espletamento della gara.

Vi è un'intima contraddizione in ciò: l'inserimento dei lavoratori della specie è, per le imprese non cooperative sociali, un problema di organizzazione e, quindi, di costi, che non può non essere tenuto in considerazione in sede di formalizzazione dell'offerta, per cui non si vede perché, se l'obbligo è stato inserito, esso non debba essere documentato.

Peraltro, la verifica solo successiva comporta, da un lato, che il mancato rispetto dell'obbligo si tramuti soltanto in un parziale inadempimento contrattuale, privo peraltro di specifiche sanzioni,

stante la mancanza di un danno economico per l'amministrazione pubblica e, dall'altro, che esso non potrà essere verificato rispetto a specifici parametri predeterminati, ma dovrà essere preso in considerazione solo a livello generico, senza che un qualsiasi programma (anche non qualificato) possa essere considerato inadempimento contrattuale.

5. Le obbligazioni contrattuali

Un problema particolare si pone sotto la nuova formulazione dell'art. 5 della legge n.381 del 1991, ed è quello di quali obbligazioni contrattuali possono essere contenute nelle convenzioni di cui all'articolo stesso.

In altre parole, ci si domanda, in presenza appunto della nuova formulazione della norma di qua, se le convenzioni siano limitate, come sembrava nella originaria formulazione, ai soli contratti di forniture ed agli appalti di servizi, ovvero se adesso sia possibile anche procedere alle convenzioni per appalti di lavoro.

La questione in pratica il ha avuto scarso significato perché anche durante il corso della precedente formulazione le convenzioni hanno spesso riguardato appalti di lavori visto specialmente per la "species" di essi relativa alle manutenzioni.

Ora, però, la nuova formulazione della norma ha aperto uno spiraglio anche interpretativo. Infatti, si legge nel primo comma (e anche nel quarto comma) della norma in parola, da un lato, che le convenzioni riguardano "le forniture di beni e servizi diversi da quelli socio-sanitari ed educativi", e, dall'altro, si parla di "importi stabiliti dalle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici".

Da ciò la considerazione che, essendo la locuzione riferita alle diverse direttive comunitarie ed alle diverse soglie ivi contenute in materia di appalti pubblici, l'inserimento nelle convenzioni anche degli appalti di lavori sembra possibile, in quanto una diversità di soglia si riscontra proprio tra gli appalti di servizi e forniture, da un lato (la cui soglia dei 200.000 ECU) e gli appalti di lavori, dall'altro (per i quali la soglia è di 5.000.000 di ECU).

Del resto, se si considera quanto prima evidenziato circa la pratica operatività delle convenzioni anche per gli appalti di lavori, sembra corretto ritenere che il legislatore, in sede di riformulazione della norma in parola, abbia ritenuto opportuno prendere atto della realtà ed inserire nell'ambito della convenzionabilità ogni e qualsiasi appalto che sia comunque preso in considerazione dalle varie direttive comunitarie.

Per altro, l'obiezione in fatto che le cooperative sociali potrebbero non avere la struttura per eseguire lavori pubblici è superata dalla considerazione che il ricorso alla convenzione da parte degli enti pubblici non è obbligatorio, ma meramente facoltativo, per cui, in tutti casi in cui gli enti pubblici dovessero ritenere che l'appalto, per le dimensioni o la complessità tecnica, non si presti ad essere eseguito da una cooperativa sociale, potranno fare ricorso alla gara vera propria con le imprese operanti nel settore.

Eugenio Mele

Magistrato amministrativo

TAR Lazio

Note

- 1) si tratta della legge comunitaria delle 1994, provvedimento legislativo che di anno in anno prevede il recepimento delle direttive comunitarie all'interno del nostro ordinamento giuridico, indicando le varie forme di esso o provvedendovi direttamente.
- 2) Il principio difeso in queste direttive è quello della libera concorrenza. Al riguardo, non possiamo, però, esimerci da una considerazione: la libera concorrenza è normalmente intesa con la possibilità di poter accedere liberamente al mercato da parte di un imprenditore senza condizionamenti, non certo la necessità che gli imprenditori non possono scegliere chi vogliono per i loro contratti.

Per una definizione di concorrenza, si veda Franceschelli R..Studi e capitoli sul diritto della concorrenza, Milano, 1974, soprattutto a pag. 20, dove la eliminazione della concorrenza è individuata con regime monopolistico. Più correttamente, dovremmo dire che in questo caso il principio difeso è quello dell'evidenza (o trasparenza) pubblica.

3) Questo il testo della norma:

art. 5 - (Convenzioni)

1. 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, 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 altri 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'art.4, Comma 1.
2. Per la stipula delle convenzioni di cui al comma 1 le quote relative 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.
3. Le regioni rendono noti attualmente, attraverso la pubblicazione nella gazzetta ufficiale delle comunità europee, i requisiti per le condizioni richieste per la stipula delle convenzioni ai sensi del comma 1, nonché le liste regionali degli organismi che ne abbiano dimostrato il possesso alle competenti autorità regionali.
4. Per le forniture di beni o servizi diversi da quelli socio-sanitari ed educativi, il cui importo stimato al netto dell'IVA sia pari o superiore agli importi stabiliti dalle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici, gli enti pubblici compresi quelli economici, nonché le società di capitali a partecipazione pubblica, nei bandi di gara di appalto e nei capitolati d'onere possono inserire, fra le condizioni di esecuzione, l'obbligo di eseguire il contratto con l'impiego delle persone svantaggiate di cui all'articolo 4, comma 1 e con l'adozione di specifici programmi di recupero e di inserimento lavorativo. La verifica della capacità di adempiere agli obblighi suddetti, da condursi alla presente legge, non può intervenire nel corso delle procedure di gara e comunque prima dell'aggiudicazione dell'appalto.
- 4) vicenda che si riduce, poi, alla possibilità di non seguire o di seguire solo in parte le regole della cosiddetta evidenza pubblica nella scelta del contraente, cioè nell'adozione del sistema della chiamata diretta o della gara ristretta soltanto alle cooperative sociali.
- 5) occorre ricordare in proposito che la nostra giurisprudenza, ormai consolidata ampiamente sul punto, ritiene che in presenza di una norma comunitaria e di una norma nazionale, tra loro contrastanti, debba essere applicata la norma comunitaria.
Si vedano, sul punto, fra le tante, Corte cost., 26 Marzo 1993, n.115, in Regioni, 1993, pag.1761; e Cons. St. sez. V.6 Aprile 1991, n. 452, in Foro amm., 1991 pag. 1076.
- 6) Che, per le caratteristiche dalle stesse possedute, ai sensi dell'art.23 Della legge n.142 Del 1990, e per l'attribuzione della personalità giuridica rientrano sicuramente nel campo degli enti pubblici economici. Sul punto, conformemente, G. Caia, "assunzione e gestione dei servizi pubblici locali di carattere industriale e commerciale: profili generali", in Regione e governo locale, n.12/92; In particolare, si veda la pagina 42.

- 7) L'utilizzazione di un potere o di una facoltà è scelta discrezionale ed essa va sempre motivata con riferimento agli interessi pubblici tutelati. Cfr TAR Molise, 25 gennaio 1994, in Foro amm. 1994 pag 1579; TAR Umbria, 24 dicembre 1993, n. 618, in Foro amm. 1994 pag 899; TAR Lazio, sez. I 16 dicembre 1993, n. 1751, in Trib. Amm. Reg., 1994, I pag 16.
- 8) Deve intendersi per tale la base d'asta determinata dall'amministrazione precedente. Essa, da cui va detratta la eventuale percentuale di ribasso a cui va aggiunta l'IVA, può essere diversa dal prezzo contrattuale.
- 9) Termine generico che indica ogni forma di pubblicità concorsuale esperita dalle amministrazioni appaltanti. Nello stesso sono ricompresi anche gli avvisi di gara, le lettere di invito, eccetera.