

## **L'introduzione delle clausole sociali negli appalti riservati.**

di Giovanni Bartoli\*

### **Il quadro normativo di riferimento. La possibilità di integrare aspetti sociali negli appalti pubblici.**

Da alcuni anni l'Unione Europea persegue una politica di inclusione attiva. Il legislatore comunitario ha infatti contribuito notevolmente ad elevare il sistema di protezionismo sociale attraverso la promozione di incentivi al lavoro, sempre più efficaci, allo scopo di creare una stretta interrelazione tra di politiche sociolavorative ed economiche. L'attuale momento di crisi richiede sicuramente ulteriori interventi legislativi, mirati per le fasce a più alto rischio di esclusione, in grado di fare leva su gli ammortizzatori sociali<sup>1</sup>.

In tale contesto di riferimento si inserisce il tema delle "clausole sociali", balzato all'attenzione del settore pubblico, del mondo della cooperazione sociale, degli interpreti, solo da qualche anno, ovvero, dopo un primo momento di assimilazione dei contenuti del D. Lgs. n. 163/2006 con cui è stato approvato il nuovo "Codice dei Contratti Pubblici. Nello stesso, infatti, come vedremo meglio nel prosieguo, è stata introdotta una potenziale categoria di appalti riservati (art. 52) a favore di lavoratori protetti, composta in maggioranza da lavoratori disabili, che si affianca a quelli pure riservati al c.d. terzo settore, a cooperative sociali ad imprese sociali, regolati da norme speciali. Alcuni importanti riferimenti al settore sociale ed alle clausole sociali in particolare, si rilevano, rispettivamente agli artt..2<sup>2</sup>, 52, e 69<sup>3</sup>., del sopraindicato testo legislativo. L'istituto degli appalti riservati disciplinato dalla norma "paradigmatica" contenuta all'art. 52, recita: "Fatte salve le norme vigenti sulle cooperative sociali e sulle imprese sociali, le stazioni appaltanti possono riservare la partecipazione alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, in relazione a singoli appalti,

---

\* Ricercatore Isfol, Area Politiche Sociali.

<sup>1</sup> Bartoli, Ranieri: "Il combinato disposto delle clausole sociali per il sostegno delle politiche attive del lavoro" in *Amministrazione in cammino*, Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione, a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche Vittorio Bachelet, pagg. 1 e ss. Febbraio 2009. L'effetto del pacchetto Sacconi inserito nel decreto anticrisi incentrato al sostegno di famiglie, lavoro, occupazione, impresa, ha prodotto il potenziamento e l'estensione degli strumenti di tutela del reddito in caso di sospensione dal lavoro o disoccupazione. Le clausole sociali, intese quali strumenti di ingresso nel mondo del lavoro, possono nel contesto essere considerati ammortizzatori sociali in deroga?

<sup>2</sup> Art. 2 Codice contratti pubblici: L'affidamento e l'esecuzione di opere e lavori pubblici, servizi e forniture ai sensi del presente codice, deve garantire la qualità delle prestazioni e svolgersi nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza; l'affidamento deve altresì rispettare i principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché quello di pubblicità con le modalità indicate nel presente codice.

<sup>3</sup> Art.69: Art. 69. Condizioni particolari di esecuzione del contratto prescritte nel bando o nell'invito (*art. 26, dir. 2004/18; art. 38, dir. 2004/17*) 1. Le stazioni appaltanti possono esigere condizioni particolari per l'esecuzione del contratto, purché siano compatibili con il diritto comunitario e, tra l'altro, con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, e purché siano precisate nel bando di gara, o nell'invito in caso di procedure senza bando, o nel capitolato d'onere. 2. Dette condizioni possono attenerne, in particolare, a esigenze sociali o ambientali. 3. La stazione appaltante che prevede tali condizioni particolari può comunicarle all'Autorità, che si pronuncia entro trenta giorni sulla compatibilità con il diritto comunitario. Decorso tale termine, il bando può essere pubblicato e gli inviti possono essere spediti. 4. In sede di offerta gli operatori economici dichiarano di accettare le condizioni particolari, per l'ipotesi in cui risulteranno aggiudicatari.

o in considerazione dell'assetto di determinati appalti, a laboratori protetti nel rispetto della normativa vigente, o riservarne l'esecuzione nel contesto di programmi di lavoro protetti quando la maggioranza dei lavoratori interessati è composta di disabili i quali, in ragione della natura o della gravità del loro handicap, non possono esercitare un'attività professionale in condizioni normali. Il bando di gara menziona la presente disposizione". Il testo, si aggiunge agli strumenti "clausole sociali" che giurisprudenza e normativa comunitaria, già da tempo indicavano alle pubbliche amministrazioni, per integrare gli aspetti di politica sociale nelle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici. Sin dal 1998 la Commissione europea aveva rilevato come l'aggiudicazione di appalti pubblici potesse essere occasione per perseguire finalità sociali. In generale si riscontrava la necessità di coordinare le esigenze del mercato unico, ispirate fundamentalmente alle regole della libera concorrenza, con quelle di politica sociale, oltre che di tutela dell'ambiente per realizzare uno sviluppo che fosse sostenibile.

La Commissione europea con due distinte comunicazioni, una dell'11 marzo 2008 (COM/98/143) relativa agli "Gli appalti pubblici nell'Unione europea" e la seconda del 15 ottobre 2001 (COM/2001/566) sul "Diritto comunitario degli appalti pubblici e la possibilità di integrare aspetti sociali negli appalti pubblici" aveva analizzato le diverse fasi prodromiche alla stipulazione del contratto di appalto, indicando per ciascuna di esse le clausole a disposizione delle pubbliche amministrazioni per orientare il mercato verso comportamenti socialmente più responsabili.<sup>4</sup> La politica sociale ha svolto infatti, un ruolo fondamentale nella costruzione della potenza economica dell'Europa, grazie all'elaborazione di un modello sociale unico nel suo genere. Progresso economico e coesione sociale, accompagnati da un elevato livello di tutela e miglioramento della qualità ambientale, sono i pilastri fondamentali dello sviluppo sostenibile e sono al centro del progresso di integrazione europea. Accrescere il tenore di vita, promuovere un elevato livello di occupazione e protezione sociale, migliorare le condizioni di vita, e di lavoro e promuovere la qualità della vita sono tutti obiettivi dell'Unione europea. L'Agenda per la politica sociale, adottata dal consiglio di Nizza nel dicembre 2000, costituisce un elemento nell'approccio integrato europeo che punta al rinnovamento economico e sociale già discusso a Lisbona. Si tratta di una strategia, volta, in particolare, a garantire un'interazione positiva e dinamica delle politiche economica, sociale e dell'occupazione e a creare un consenso politico che mobiliti tutti gli attori chiamati ad operare di concerto per la realizzazione del nuovo obiettivo strategico. Sulla stessa scia il Trattato di Amsterdam che ha rafforzato il principio dell'integrazione nelle politiche comunitarie alle esigenze connesse alla "tutela dell'ambiente", nella prospettiva di uno sviluppo sostenibile.<sup>5</sup> Analogamente la

---

<sup>4</sup> Procedendo ad un brevissimo excursus storico, la cronologia delle direttive comunitarie sugli appalti pubblici risale al 1971, anno in cui è stata adottata la prima; a seguire direttive sui servizi di pubblica utilità. Nonostante le direttive siano state più volte modificate nel corso degli anni, il concetto ed il sistema di base sono rimasti essenzialmente immutati. A titolo esemplificativo ricordiamo: Direttiva 71/305/CEE del Consiglio, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici, sostituita dalla direttiva 93/37/CEE del Consiglio, modificata dalla direttiva 97/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio;

Direttiva 77/62/CEE del Consiglio, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, sostituita dalla direttiva 93/36/CEE del Consiglio, modificata dalla direttiva 97/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio;

Direttiva 92/50/CEE che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, modificata dalla direttiva 97/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio;

Direttiva 93/38/CEE del Consiglio, del 14 giugno 1993, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto, nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni, modificata dalla direttiva 98/04/CE del Parlamento europeo e del Consiglio.

<sup>5</sup> L'art.6 del Trattato che istituisce la Comunità europea afferma che le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente devono essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni comunitarie di cui all'art.3, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile.

proposta della Commissione relativa al sesto Programma di azione ambientale 2001/2010 rileva quale contributo degli appalti pubblici allo sviluppo del mercato esigenze di tutela dell'ambiente, purchè gli enti aggiudicatori ne tengano conto, quale criterio di attribuzione.<sup>6</sup>

Da ciò scaturiscono alcuni corollari applicativi, e principi cardine che caratterizzano la materia. In primo luogo nella definizione del concetto di appalto, ciascuna pubblica amministrazione è libera, nel definire i prodotti o servizi che intende acquistare, di scegliere di acquistare beni, servizi o opere che rispondano alle proprie esigenze in materia sociale, di prescrivere specifiche tecniche atte a delimitare con maggiore precisione l'oggetto dell'acquisto o della prestazione avendo riguardo, per esempio ad esigenze di tutela della salute o dell'igiene, o all'accesso da parte dei disabili a edifici o mezzi di trasporto pubblico;

nella selezione dei candidati: la disciplina comunitaria degli appalti pubblici consente l'esclusione dalla partecipazione ad un appalto di un offerente che non abbia adempiuto agli obblighi riguardanti il pagamento dei contributi di sicurezza sociale;

nell'aggiudicazione dell'appalto: purchè sia espressamente previsto nel bando di gara, le amministrazioni pubbliche possono introdurre criteri addizionali ulteriori, rispetto all'accertamento dell'idoneità economica, finanziaria e tecnica ed ai criteri di aggiudicazione;

offerte anormalmente basse: le pubbliche amministrazioni sono obbligate a respingere le offerte anormalmente basse invocando, ad esempio, l'inosservanza delle norme in materia di occupazione e diritto al lavoro,

esecuzione dell'appalto: ciascuna amministrazione può inserire nel bando di gara la previsione di un obbligo riferito all'esecuzione del contratto che persegua obiettivi sociali, a titolo meramente esemplificativo, l'obbligo di assumere disoccupati, di introdurre azioni di formazione, di promuovere le pari opportunità di assumere un numero di disabili superiore rispetto alla quota d'obbligo prevista dalla legislazione nazionale.

Le direttive europee 2004/17/CE e 2004/18/CE hanno confermato le clausole sociali già in precedenza a disposizione delle pubbliche amministrazioni, introducendo ex novo l'istituto degli appalti riservati, art. 19 Direttiva 2004/18/CE: *"Gli Stati membri possono riservare la partecipazione alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici a lavoratori protetti o riservarne l'esecuzione nel contesto di programmi di lavoro protetti, quando la maggioranza dei lavoratori interessati è composta di disabili, i quali, in ragione della natura o della gravità del loro handicap, non possono esercitare un'attività professionale in condizioni normali. Il bando di gara menziona la presente disposizione."*

## **Normativa di collegamento**

Il tema che oggi viene identificato con il termine clausole sociali non è affatto nuovo o estraneo alla tradizione legislativa italiana, e non nasce col D. Lgs. 163/2006.

L'inciso, anche se con espressioni diverse è direttamente legato alla nascita della cooperazione sociale in Italia, con la legge n. 381/1991, si tratta quindi di problematiche vecchie di quasi un ventennio, che costituiscono uno dei nodi storici della cooperazione sociale e dei suoi rapporti con le pubbliche amministrazioni. E' ben noto come la legge n. 381/1991<sup>7</sup>, nel creare il nuovo soggetto

<sup>6</sup> Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale, e al Comitato delle Regioni sul sesto programma di azione ambientale della Comunità europea: Ambiente 2010: Il nostro futuro, la nostra scelta, adottata dalla Commissione il 24/01/2001 COM (2001) 31 def.

<sup>7</sup> Art. 1 (Definizione) 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;

giuridico "cooperativa sociale" avesse scelto un profilo particolarmente elevato ed originale: quello di un soggetto di diritto privato, a cui la legge stessa affidava, però, direttamente, un munus, costituito dal dovere di perseguire interessi di carattere generale alla promozione umana ed all'integrazione sociale dei cittadini. Tale munus – è sostanzialmente coincidente con la funzione sociale attribuita alle amministrazioni pubbliche ad opera dell'articolo 3 della Costituzione e da molteplici norme di legge che ne hanno disciplinato l'esercizio:

disciplina cui le Amministrazioni attributarie della funzione si debbono conformare. Nel caso delle cooperative sociali, che, pur portatrici di funzioni pubbliche, restano pur sempre soggetti privati, tale dovere di "conformazione" alle norme d'azione rivolte alla pubblica amministrazione, ovviamente non sussiste quale diretta conseguenza dell'attribuzione del "munus", potendo esse operare liberamente sul mercato ed assumendo specifici doveri solo a seguito di accordi negoziali con le pubbliche amministrazioni. Il contenuto e la natura di tali accordi sono i più diversi e si caratterizzano in senso privatistico (prevalentemente: contratti d'appalto) ovvero in senso pubblicistico (concessioni, accordi di partnership, forme di sostegno istituzionale, ecc.).

Per varie ragioni, a tutti note e su cui non è il caso di soffermarsi in questa sede, l'attenzione maggiore è stata posta sui contratti d'appalto, cioè per i rapporti di diritto privato cui è ovviamente estranea la "funzionalizzazione" della missione delle cooperative sociali; con tali contratti, infatti, le cooperative si limitano a svolgere il ruolo di fornitori di servizi o di beni alla P.A., cioè a "vendere" alla P.A. servizi o beni in cambio di una somma di denaro a titolo di corrispettivo; il munus loro attribuito dalla legge resta, per così dire, sullo sfondo.

A proposito dello strumento contrattuale costituito dall'appalto, non può che emergere la forte differenza fra le cooperative sociali che il legislatore classifica come "A" e quelle che classifica come "B".

Infatti, mentre le prime esprimono direttamente, nell'oggetto stesso del contratto, il contenuto della loro azione tipica (gestire, appunto servizi socio sanitari od educativi), ciò non vale per le seconde che – 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 di servizi socio-sanitari ed educativi;
- b) lo svolgimento di attività diverse - agricole, industriali, commerciali o di servizi – finalizzate all'inserimento lavorativo di persone svantaggiate.

4 formalmente – non "vendono" alle Amministrazioni servizi sociali (di inserimento lavorativo di persone svantaggiate, che pur costituiscono il cuore della loro missione di interesse generale) ma beni o servizi diversi, restando la vera finalità (l'inserimento lavorativo, appunto) perciosì dire "nascosta" dietro la fornitura di servizi o beni che nulla hanno a che vedere con i servizi sociali.

E' proprio in questa peculiarità, che – come già detto – riguarda le cooperative sociali di tipo B, che va individuata la ratio del disposto dell'articolo 5<sup>8</sup> della legge n. 381/1991 "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

---

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

Si applicano alle cooperative sociali, in quanto compatibili con la presente legge, le norme relative al settore in cui le cooperative stesse operano. La denominazione sociale, comunque formata, deve contenere l'indicazione di "cooperativa sociale".

<sup>8</sup> Sul punto, Franco Dalla Mura, professore a contratto di diritto amministrativo presso l'Università degli studi di Verona, facoltà di scienze della formazione, "clausole sociali ed appalti: prospettive di attuazione. Il contesto legislativo italiano", seminario di studio, Milano, febbraio 2008.

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 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 inserimento lavorativo. La verifica della capacità di adempiere agli obblighi suddetti, da condursi in base alla presente legge, non può intervenire nel corso delle procedure di gara e comunque prima dell'aggiudicazione dell'appalto”.

Risulta, dunque, evidente che il legislatore italiano ponendo la norma che prevede (sotto soglia comunitaria) la deroga alla disciplina in materia di contratti della pubblica amministrazione ha inteso ovviare all'inconveniente derivante dal fatto che la cooperativa B, quando vende beni o servizi alla P.A., non vende solo i beni o i servizi che costituiscono l'oggetto formale del contratto, ma anche il servizio di inserimento lavorativo che però non viene evidenziato ne' formalmente ne' attraverso uno specifico corrispettivo. Da ciò non può che derivare una disparità di trattamento rispetto alle altre imprese, che in linea di principio sono in grado di offrire prezzi più bassi di quelli praticabili dalle cooperative sociali di tipo B per le quali l'onere di inserire lavoratori svantaggiati non può che ripercuotersi sui costi di produzione.

Le deroghe in questione erano originariamente stabilite dal legislatore italiano per le forniture di qualunque importo, dunque anche sopra la soglia comunitaria; a seguito però dell'avvio da parte della Commissione CE a carico dell'Italia di un procedimento per infrazione dei principi comunitari concernenti la libera concorrenza ed il mercato, il nostro Paese è stato costretto a modificare la norma ed a limitare la “deroga” ai soli contratti inferiori alla soglia comunitaria, stabilendo per quelli di importo superiore la possibilità di inserire nei bandi di gara di appalto e nei capitolati d'onere, 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 inserimento lavorativo. Precisando però che la verifica della capacità di adempiere agli obblighi suddetti, da condursi in base alla presente legge, non può intervenire nel corso delle procedure di gara e comunque prima dell'aggiudicazione dell'appalto. Appare opportuno segnalare la legge 68/99, “Norme per il diritto al lavoro dei disabili”, all'art.1 chiarisce finalità ed ambito di applicazione.<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> 1. La presente legge ha come finalità la promozione dell'inserimento e della integrazione lavorativa delle persone disabili nel mondo del lavoro attraverso servizi di sostegno e di collocamento mirato. Essa si applica: a) alle persone in età lavorativa affette da minorazioni fisiche, psichiche o sensoriali e ai portatori di *handicap* intellettuale, che comportino una riduzione della capacità lavorativa superiore al 45 per cento, accertata dalle competenti commissioni per il riconoscimento dell'invalidità civile in conformità alla tabella indicativa delle percentuali di invalidità per minorazioni e malattie invalidanti approvata, ai sensi dell'articolo 2 del decreto legislativo 23 novembre 1988, n. 509, dal Ministero della sanità sulla base della classificazione internazionale delle menomazioni elaborata dalla Organizzazione mondiale della sanità; b) alle persone invalide del lavoro con un grado di invalidità superiore al 33 per cento, accertata dall'Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali (INAIL) in base alle disposizioni vigenti; c) alle persone non vedenti o sordomute, di cui alle leggi 27 maggio 1970, n. 382, e successive modificazioni, e 26 maggio 1970, n. 381, e successive modificazioni; alle persone invalide di guerra, invalide civili di guerra e invalide per servizio con minorazioni ascritte dalla prima all'ottava categoria di cui alle tabelle

La 328/200 "legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali" che sancisce il passaggio dal concetto di erogazione di assistenza ad un generale supporto del benessere degli individui e della collettività e di prevenzione delle situazioni di vulnerabilità sociale, in coerenza con gli artt. 2, 3 e 38 della Costituzione.(definendo all'art. 5 il ruolo del terzo settore). Né meno importante appare l'art. 2 del D.Lgs. 155/2006, disciplina dell'impresa sociale, che chiarisce il concetto di utilità sociale secondo la declinazione di assistenza, educazione, istruzione, formazione tutela dell'ambiente e dell'ecosistema Rammentiamo inoltre a titolo esemplificativo la LRFriuli Venezia Giulia 20/2006, LR Piemonte 18/1994 (che all'art.19 si riferisce alle persone svantaggiate, la LR Veneto23/2006, (Delibera del Consiglio Provinciale di Torino 18/07/07, regolamento Comune di Torino 307/31/03/05

### **Analisi esegetica della direttiva 18 del 31 marzo 2004**

Ora, con la direttiva n. 18 del 31 marzo 2004, trasfusa nel D. Lgs. n. 163/2006, la Comunità Europea ha parzialmente rivisto le proprie originarie posizioni, non solo sancendo in modo esplicito la legittimità dell'apposizione nei capitolati di "clausole sociali", ma anche ammettendo la possibilità per le pubbliche amministrazioni di bandire gare riservate a "laboratori protetti" o nel contesto di "programmi di lavoro protetto":

Nel preambolo:

Primo "considerando: La presente direttiva si basa sulla giurisprudenza della Corte di giustizia, in particolare sulla giurisprudenza relativa ai criteri di aggiudicazione, che chiarisce le possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di soddisfare le esigenze del pubblico interessato, tra l'altro in materia ambientale e sociale, purché tali criteri siano collegati all'oggetto dell'appalto, non conferiscano all'amministrazione aggiudicatrice una libertà incondizionata di scelta, siano espressamente menzionati e rispettino i principi fondamentali di cui al considerando 2 Ventottesimo "considerando": L'occupazione e le condizioni di lavoro sono elementi chiave per garantire pari opportunità a tutti i cittadini e contribuiscono all'integrazione nella società. In questo ambito i laboratori protetti ed i programmi di lavoro protetti contribuiscono efficacemente a promuovere l'integrazione la reintegrazione dei disabili nel mercato del lavoro. Tuttavia, detti laboratori potrebbero non essere in grado di ottenere degli appalti in condizioni di concorrenza normali. Appare pertanto opportuno prevedere che gli Stati membri possano riservare la partecipazione alle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici a tali laboratori o riservare l'esecuzione degli appalti nel contesto di programmi di lavoro protetti.

Trentatreesimo "considerando": Le condizioni di esecuzione di un appalto sono compatibili con la presente direttiva a condizione che non siano, direttamente o indirettamente, discriminatorie e siano indicate nel bando di gara o nel capitolato d'onere. In particolare esse possono essere finalizzate alla formazione professionale nel cantiere, alla promozione dell'occupazione delle persone con particolari difficoltà di inserimento, alla lotta contro la disoccupazione o alla tutela dell'ambiente. A titolo di esempio, si possono citare, tra gli altri, gli obblighi – applicabili all'esecuzione dell'appalto - di assumere disoccupati di lunga durata o di introdurre azioni di formazione per i disoccupati o i giovani, di rispettare in sostanza le disposizioni delle convenzioni fondamentali dell'Organizzazione internazionale del lavoro (OIL) nell'ipotesi in cui non siano state attuate nella legislazione nazionale, di assumere un numero di persone disabili superiore a quello stabilito dalla legislazione nazionale.

Nel dispositivo:

---

annesse al testo unico delle norme in materia di pensioni di guerra, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 23 dicembre 1978, n. 915, e successive modificazioni.

Articolo 19: Gli Stati membri possono riservare la partecipazione alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici a lavoratori protetti o riservarne l'esecuzione nel contesto di programmi di lavoro protetti quando la maggioranza dei lavoratori interessati è composta di disabili i quali, in ragione della natura o della gravità del loro handicap, non possono esercitare un'attività professionale in condizioni normali.

Il bando di gara menziona la presente disposizione. Articolo 26: Le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere condizioni particolari in merito all'esecuzione dell'appalto purché siano compatibili con il diritto comunitario e siano precisate nel bando di gara o nel capitolato d'onori. Le condizioni di esecuzione di un appalto possono basarsi in particolare su considerazioni sociali e ambientali. Dalla lettura del testo della direttiva appare chiaro come la Comunità Europea abbia inteso distinguere nettamente due ipotesi:

1) l'ipotesi (generica) dell'inserimento di clausole sociali, ammissibili quando si tratti – tra l'altro – di soddisfare le esigenze del pubblico interessato, tra l'altro in materia sociale, in particolare per dell'occupazione delle persone con particolari difficoltà di inserimento (ad esempio, disoccupati di lunga durata o assunzione di un numero di persone disabili superiore a quello stabilito dalla legislazione nazionale 2) l'ipotesi (specifica) di: 7- riservare la partecipazione alle gare d'appalto a lavoratori protetti o di riservarne l'esecuzione nel contesto di programmi di lavoro protetti quando la maggioranza dei lavoratori interessati è composta di disabili i quali, in ragione della natura o della gravità del loro handicap, non possono esercitare un'attività professionale in condizioni normali.

Mentre la "traduzione" nella norma nazionale del disposto di cui al punto n. 1 non ha presentato particolari problemi, lo stesso non si può dire con riferimento alla norma di cui al punto n. 2, che è stata così "tradotta" nell'articolo 52 del Codice dei Contratti:

Fatte salve le norme vigenti sulle cooperative sociali e sulle imprese sociali, le stazioni appaltanti possono riservare la partecipazione alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, in relazione a singoli appalti, o in considerazione dell'oggetto di determinati appalti, a lavoratori protetti nel rispetto della normativa vigente, o riservarne l'esecuzione nel contesto di programmi di lavoro protetti quando la maggioranza dei lavoratori interessati è composta di disabili i quali, in ragione della natura o della gravità del loro handicap, non possono esercitare un'attività professionale in condizioni normali. Il bando di gara menziona la presente disposizione.

Il pedissequo inserimento nell'articolo 52 della normativa nazionale del testo della direttiva comunitaria pone gravi problemi di interpretazione: infatti, il concetto di "disabilità" di cui al Regolamento CE relativo agli aiuti di stato all'occupazione (n. 2204/2002) non corrisponde a quello descritto dalla normativa nazionale, così come quello di persone con difficoltà di inserimento descritto dalla stessa direttiva non corrisponde a quello di "persone svantaggiate" previsto dalla normativa nazionale. In particolare, va evidenziato come:

- l'articolo 2, punto "g" definisce "disabili" non solo i lavoratori definiti tali dalle legislazioni nazionali (in Italia, la legge n. 68/1999), ma anche, alternativamente, quelli che, ancorché non rientranti nella categoria dei disabili normativamente definiti come tali, siano affetti da un grave handicap fisico, mentale o psichico; - il concetto di persona con difficoltà di inserimento, ovvero "svantaggiata" alla luce della definizione contenuta nel regolamento CE 2204/2004 e 800/2008<sup>10</sup>, sia significativamente più ampio di quello di persona svantaggiata di cui alla L.

<sup>10</sup> In merito, tra gli altri, G. Occhiocupo, ricercatrice ISFOL, "Dopo che il Regolamento europeo n. 800/2008 in materia di aiuti pubblici ha giustificato l'adozione di misure dirette ad incentivare i livelli occupazionali, in particolare a beneficio dei lavoratori svantaggiati e molto svantaggiati (e ne ha elencato le categorie), è inevitabile chiedersi come valutare le diverse difficoltà di accesso al lavoro, soprattutto nella *definizione della graduazione di priorità* in un ambito

381/1991: ad esempio, nel Regolamento CE sono considerati svantaggiati tutti i giovani di età inferiore ai 25 anni (o che abbiano completato la formazione a tempo pieno da non più di due anni) che non abbiano ancora ottenuto il primo impiego retribuito regolarmente; e qualsiasi donna di un'area geografica al livello NUTS II nella quale il tasso medio di disoccupazione superi il 100% della media comunitaria (...); ecc.8 Ciò premesso, risulta evidente come la categoria delle persone svantaggiate di cui alla legge n. 381/1991 risulti significativamente più ristretta di quella, pure definita come "svantaggiata" dalla norma comunitaria.

Me v'è di più. L'attenta lettura della norma inserita nel Codice Nazionale dei Contratti, già riportata:... fatte salve le norme vigenti sulle cooperative sociali e sulle imprese sociali, le stazioni appaltanti possono riservare la partecipazione alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, in relazione a singoli appalti, o in considerazione dell'oggetto di determinati appalti, a laboratori protetti nel rispetto della normativa vigente, o riservarne l'esecuzione nel contesto di programmi di lavoro protetti quando la maggioranza dei lavoratori interessati è composta di disabili i quali, in ragione della natura o della gravità del loro handicap, non possono esercitare un'attività professionale in condizioni normali. Il bando di gara menziona la presente disposizione ...impone di riferire la condizione relativa alla necessità che almeno la metà dei lavoratori interessati sia composta da disabili ai soli "programmi di lavoro protetto" e non, in genere, sia ai "laboratori protetti" sia ai "programmi di lavoro protetto": il fatto che una virgola sia posta fra le parole "...nel rispetto della normativa vigente..." e le parole "...o riservarne l'esecuzione nel contesto di programmi di lavoro protetti..." ma non fra le parole "...nel contesto di programmi di lavoro protetti..." e le parole "...quando la maggioranza dei lavoratori interessati è composta di disabili..." cambia in modo fondamentale il significato della norma: se la virgola fosse ripetuta anche nel secondo caso la norma dovrebbe essere letta nel senso che il requisito della maggioranza di disabili è richiesto anche nel caso di laboratori protetti; ma nel testo dell'articolo 52 la virgola non è ripetuta e tale circostanza non può che imporre di riferire la necessità dell'impiego di persone disabili in percentuale di almeno il 50% solo all'ipotesi dei programmi di lavoro protetto. Del resto, che significato avrebbe la connotazione "interessati" se riferita anche all'ipotesi dei "laboratori protetti" ?

### **Determinazione dell'Autorità di vigilanza n 2 del 23/01/2008. Rilievi critici.**

#### **Indicazioni operative sugli appalti riservati – Art. 52 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n.163 e s.m.i.**

L'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, con la determinazione sopraindicata ha inteso fornire pariteticamente alcune linee di indirizzo per la corretta applicazione degli "aspetti sociali" contenuti nelle norme del Codice degli appalti; dall'altro lato ha fornito indirizzi interpretativi sull'art.52, ovvero la possibilità di riservare gli appalti a laboratori protetti o nel contesto di programmi di lavoro protetti, in deroga alle ordinarie condizioni di concorrenza, per promuovere l'integrazione dei disabili nel mercato del lavoro.

### **Il Consiglio**

---

che, sommato lo svantaggio di ieri a quello di oggi, è divenuto davvero molto vasto.", documento presentato nel corso del seminario ISFOL " Profili e categorizzazione dello svantaggio", Roma, ottobre 2009.



## **Considerato in fatto**

Il presente atto di determinazione si propone di fornire alcune linee di indirizzo per la corretta applicazione delle norme che consentono di attribuire rilievo, nel settore degli appalti, agli aspetti sociali e/o ambientali. Al riguardo, la Commissione europea, con distinte comunicazioni interpretative ("Gli appalti pubblici nell'Unione Europea" dell'11 marzo 1998, seguita dalle due comunicazioni del 2001 sugli aspetti ambientali e sociali), aveva fornito indicazioni in materia. Le direttive n. 17/2004 e n. 18/2004 hanno poi previsto disposizioni specifiche sulla possibilità di tenere in considerazione, nell'affidamento e/o nell'esecuzione di contratti pubblici, criteri sociali e ambientali. Nel recepire le suddette direttive, quindi, il decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, ha in primo luogo stabilito, all'art. 2, recante i "Principi", che "il principio di economicità può essere subordinato, entro i limiti in cui sia espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice, ai criteri, previsti dal bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute e dell'ambiente e alla promozione dello sviluppo sostenibile". Esso ha inoltre inserito, nella parte relativa ai "requisiti dei partecipanti alle procedure di affidamento", dedicata quindi ai profili soggettivi della procedura di appalto, l'art. 52 sugli appalti riservati, che attribuisce alle stazioni appaltanti la facoltà di riservare la partecipazione, in relazione a singoli appalti, o in considerazione dell'oggetto di determinati appalti, a laboratori protetti, oppure riservarne l'esecuzione nel contesto di programmi di lavoro protetti, quando la maggioranza dei lavoratori interessati è composta di disabili. Appare opportuno chiarire alcuni aspetti attinenti le predette disposizioni, ai fini della loro corretta applicazione. L'art. 52, infatti, contempla l'istituto dei laboratori protetti e l'istituto dei programmi di lavoro protetti, non definiti a livello normativo, ed esige un coordinamento con la legislazione nazionale vigente relativa alle cooperative sociali e alle imprese sociali, la quale è espressamente fatta salva dalla medesima disposizione del codice dei contratti. Data la rilevanza delle questioni prospettate, l'Autorità ha proceduto ad effettuare apposite audizioni con i rappresentanti delle associazioni delle cooperative e delle imprese e con i ministeri interessati, nonché con l'ANCI e l'UPI. Tutti i partecipanti alle audizioni hanno rilevato l'importanza delle tematiche in questione ed hanno espresso altresì l'esigenza di un atto di indirizzo dell'Autorità che dia indicazioni utili alle stazioni appaltanti ed alle imprese.

## **Ritenuto in diritto**

### **Appalti riservati (art. 52, D. Lgs. n.163/2006).**

L'art. 52 del D.lgs n.163/2006 prevede che le stazioni appaltanti possano riservare la partecipazione alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, a laboratori protetti nel rispetto della normativa vigente, o riservarne l'esecuzione nel contesto di programmi di lavoro protetti quando la maggioranza dei lavoratori interessati è composta di disabili i quali, in ragione della natura o della gravità del loro handicap, non possono esercitare un'attività professionale in condizioni normali. Al fine di potersi avvalere della disposizione in parola, le stazioni appaltanti devono rendere nota la propria intenzione dandone indicazione nel bando di gara (i modelli di bando sopra soglia contengono la specificazione nel caso in cui la stazione appaltante intenda riservare l'appalto). Con l'art. 52 il legislatore ha inteso perseguire le esigenze sociali di cui all'art. 2, comma 2, del D.lgs n.163/2006 introducendo una deroga alle condizioni normali di concorrenza in favore di soggetti giuridici e di programmi che promuovono l'integrazione o la reintegrazione dei disabili nel mercato del lavoro. Il perseguimento di un obiettivo di tipo sociale attraverso lo strumento dell'appalto pubblico avviene, quindi, nel caso dell'art. 52, attraverso la creazione di una riserva di

partecipazione operante sia sotto il profilo soggettivo (laboratori protetti) che oggettivo (programmi protetti), in entrambi i casi caratterizzata dall'impiego maggioritario di disabili. Detta riserva consente di salvaguardare la posizione degli stessi ponendoli al di fuori di meccanismi esclusivamente concorrenziali. Come premesso, sia i laboratori protetti che i programmi protetti sono istituti che la normativa nazionale vigente non prevede. Entrambi fanno la loro comparsa per la prima volta, a livello comunitario, nella Relazione del Parlamento Europeo sulla proposta di direttiva relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, di servizi e di lavori, del 29 ottobre 2001 e, sulla base di quanto ivi previsto e confermato in atti comunitari successivi, sono entrambi caratterizzati dall'impiego di oltre la metà di lavoratori disabili, da intendersi quali portatori di handicap con esclusione, pertanto, delle altre categorie svantaggiate per motivi diversi dalla disabilità. La disciplina nazionale di recepimento di numerosi paesi europei, quali Francia, Regno Unito, Spagna e Irlanda, che, al contrario dell'Italia, prevedono nei loro ordinamenti gli istituti di che trattasi, si conforma alla previsione del legislatore comunitario facendo chiaramente riferimento alla necessità che, ai fini della riserva, venga sempre integrata la condizione dell'impiego della maggioranza di lavoratori disabili. In Italia, tenuto conto dell'attuale lacuna normativa, occorre definire le condizioni oggettive che devono ricorrere ai fini dell'identificazione dei laboratori protetti. Allo scopo, si ritiene che, affinché la norma non rimanga una semplice enunciazione e sia effettivamente applicata, debbano essere cumulativamente posseduti dal soggetto che intende essere riconosciuto quale laboratorio protetto ai fini dell'art. 52 i seguenti requisiti:

- a) essere un soggetto giuridico, costituito nel rispetto della vigente normativa, che eserciti in via stabile e principale un'attività economica organizzata;
- b) prevedere nei documenti sociali, tra le finalità dell'ente, quella dell'inserimento lavorativo delle persone disabili;
- c) avere nel proprio ambito una maggioranza di lavoratori disabili che, in ragione della natura o della gravità del loro handicap, non possono esercitare un'attività professionale in condizioni normali.

Per quanto attiene il requisito sub c), si ritiene che per disabili debbano intendersi le persone in età lavorativa affette da minorazioni fisiche, psichiche o sensoriali, i portatori di handicap intellettuale e le persone non vedenti e sordomute (L. 12 marzo 1999, n. 68). Per ciò che concerne il coordinamento con la vigente normativa in materia di cooperative sociali e imprese sociali, la clausola di salvaguardia posta all'inizio dell'art. 52 ("Fatte salve le norme vigenti sulle cooperative sociali e sulle imprese sociali") sta ad indicare che le due discipline - quella dell'art. 52 del D. lgs. n.163/2006 e quella della legge n.381/91 e s.m.i - si muovono in ambiti distinti. Si deve infatti considerare che le cooperative sociali di cui all'art. 1, lettera b), della legge n.381/91 e s.m.i svolgono attività finalizzate all'inserimento lavorativo delle persone svantaggiate e devono possedere un organico costituito almeno per il 30% da persone disagiate (invalidi fisici, psichici e sensoriali, ex degenti di istituti psichiatrici, tossicodipendenti, alcolisti, i lavoratori minorili in situazioni di difficoltà familiare). Inoltre, l'art. 5 della richiamata legge n.381/91 e s.m.i prevede, al comma 1, che gli enti pubblici, compresi quelli economici e le società a partecipazione pubblica possono stipulare convenzioni con le cooperative che svolgono attività diverse - agricole, industriali, commerciali o di servizi (escluso la fornitura di beni e servizi socio-sanitari ed educativi) - finalizzate all'inserimento lavorativo di persone svantaggiate anche in deroga alla disciplina in materia di contratti sottosoglia della pubblica amministrazione e, al comma 4, che nei bandi di gara di appalto e nei capitolati d'onere relativi a forniture di beni e servizi diversi da quelli socio-sanitari

ed educativi, gli enti pubblici, compresi quelli economici e le società a partecipazione pubblica, possono inserire, fra le condizioni di esecuzione, l'obbligo di eseguire il contratto con l'impiego delle persone svantaggiate. Pur essendo entrambe le disposizioni (art. 52 del D.lgs. n.163/2006 e legge n.381/91 e s.m.i) finalizzate al perseguimento di fini sociali, tuttavia dall'analisi della normativa emerge che le due figure – laboratorio protetto e cooperativa sociale – non coincidono, in quanto i requisiti richiesti per il riconoscimento della figura del laboratorio protetto non corrispondono a quelli normativamente previsti in capo alle cooperative sociali, sia per quanto riguarda le categorie di persone individuate (persone svantaggiate e non solo disabili) sia per quanto attiene alla percentuale minima di organico che deve essere costituita da dette persone svantaggiate. Ciò, tuttavia, non comporta che le cooperative sociali di cui all'art. 1, lettera b), della legge n.381/91 e s.m.i. non possano essere riconosciute come laboratori protetti, ma anzi, data l'autonomia degli ambiti di applicazione, ne deriva che esse, come d'altronde ogni altro soggetto giuridico, possono accreditarsi quali laboratori protetti, e quindi avvalersi della riserva di cui all'art. 52, a condizione che possiedano i requisiti sopra individuati. In tal caso, la partecipazione alla gara per detti soggetti avverrà in applicazione del citato D.lgs. n.163/2006. Per quanto concerne la riserva a favore dei programmi di lavoro protetto, essa non si fonda sulla qualifica soggettiva dei partecipanti alla gara ma sul ricorso, da parte delle imprese partecipanti, nella fase esecutiva dell'appalto, all'impiego, in numero maggioritario, di lavoratori disabili che, in ragione della natura o della gravità del loro handicap, non possono esercitare un'attività professionale in condizioni normali. In tali casi, pertanto, la partecipazione alla gara deve intendersi riservata ai soggetti di cui all'art. 34 del D.lgs. n.163/2006, anche privi dei requisiti necessari ai fini del riconoscimento come laboratori protetti, che si avvalgono, ai fini dell'esecuzione dello specifico appalto, di piani che vedono coinvolti una maggioranza di lavoratori disabili, anche sulla base di accordi conclusi con soggetti operanti nel settore sociale. La disciplina di cui all'art. 52, data la collocazione nella Parte II – Titolo I del D.lgs. n.163/2006, si applica agli appalti di valore superiore alla soglia di rilievo comunitario, nonché, in mancanza di espressa previsione contraria, anche agli appalti sottosoglia. Infine, un'ultima attenta valutazione va dedicata ai requisiti richiesti per la partecipazione alla gara. L'espresso richiamo, contenuto nell'art. 52, al rispetto della normativa vigente deve intendersi riferito al rispetto dei requisiti di ordine generale e di ordine speciale richiesti per la partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica. Come previsto nell'art. 2, comma 2, del D.lgs. n.163/2006, infatti, al perseguimento di obiettivi di tipo sociale può essere subordinato il solo principio dell'economicità ma non anche, evidentemente, i principi di affidabilità morale e professionale dell'operatore economico o la qualità delle forniture, delle prestazioni e delle opere. Pertanto, ai soggetti che si avvalgono della riserva di cui all'art. 52 deve essere richiesto il possesso dei requisiti generali di partecipazione e di quelli speciali previsti in ragione della tipologia dell'appalto. Tuttavia, nella definizione dei requisiti di partecipazione, le stazioni appaltanti dovranno attenersi al rispetto del principio di proporzionalità che, nel caso di specie, dovrà essere declinato sia con riferimento all'oggetto dell'appalto e alle sue caratteristiche specifiche sia con riferimento all'obiettivo sociale che si è inteso perseguire con l'introduzione della riserva.

In particolare, le stazioni appaltanti devono:

- specificare nel bando di partecipazione il possesso dei requisiti di ordine generale, i requisiti di idoneità professionale, la capacità economica, finanziaria, tecnica e professionale di cui agli artt. 38-42 del D.lgs n.163/2006;

- specificare nel bando di gara il criterio di selezione delle offerte (prezzo più basso o offerta economicamente più vantaggiosa) e la modalità di verifica delle offerte anormalmente basse di cui agli artt. 81-84 e 86-88 del D.lgs n.163/2006;
- disporre le specifiche tecniche relative all'appalto conformemente alle previsioni del codice dei contratti (art.68).

Per quanto riguarda la capacità economica e finanziaria, occorre precisare che la cifra d'affari deve essere proporzionale all'importo posto a base di gara.

Particolare cura, inoltre, dovrà essere posta nella predisposizione del *capitolato d'oneri* con riferimento agli "oneri ed obblighi speciali", quali, a titolo esemplificativo, le modalità ed i tempi di utilizzo del personale disabile per l'intera durata del contratto.

In base a quanto sopra considerato

## **Il Consiglio**

con riferimento agli appalti riservati (art. 52), è dell'avviso che:

a) possono essere riconosciuti laboratori protetti ai sensi dell'art. 52 del D.lgs. n.163/2006 e s.m.i. i soggetti che possiedono cumulativamente i seguenti requisiti:

1. essere un soggetto giuridico, costituito nel rispetto della vigente normativa, che esercita in via stabile e principale un'attività economica organizzata;
2. prevedere nei documenti sociali, tra le finalità dell'ente, quella dell'inserimento lavorativo delle persone disabili;
3. avere nel proprio ambito una maggioranza di lavoratori disabili che, in ragione della natura o della gravità del loro handicap, non possono esercitare un'attività professionale in condizioni normali;

b) possono avvalersi della riserva a favore dei programmi di lavoro protetti anche soggetti giuridici diversi dai laboratori protetti che ricorrono, per l'esecuzione dello specifico appalto, all'impiego, in numero maggioritario, di lavoratori disabili che, in ragione della natura o della gravità del loro handicap, non possono esercitare un'attività professionale in condizioni normali, anche sulla base di accordi conclusi con soggetti operanti nel settore sociale;

c) il ricorso alle procedure di cui all'art. 52 del codice richiede:

- la pubblicazione del bando con la finalità di rendere noto l'appalto ai soggetti interessati;
- la previsione dei requisiti di partecipazione (di ordine generale e di ordine speciale) in maniera analoga agli appalti non riservati nel rispetto del principio di proporzionalità.<sup>11</sup>

---

<sup>11</sup> Tra gli altri Dalla Mura professore a contratto di diritto amministrativo presso l'Università degli studi di Verona, facoltà di scienze della formazione, in Contributo Seminario, Milano, Febbraio 2008, “

Ma ad avviso dell'amministrativista, non è questa la sola incongruenza contenuta nel documento dell'Autorità, cui va peraltro riconosciuto lo sforzo di una ricerca approfondita sulle fonti. Infatti:

- l'Autorità fa coincidere lo stato di "disabilità" di cui alla legge n. 68/1999 con "l'incapacità di svolgere un'attività professionale in condizioni normali" mentre è evidente come tale incapacità possa essere accertata anche in capo a persone svantaggiate non disabili ai sensi della L. n. 68/1999 e come tale possibilità sia riconosciuta dalla stessa normativa comunitaria laddove il Regolamento CE 2204/2002 definisce "disabili" (nel senso "europeo") non solo i lavoratori definiti tali dalle legislazioni nazionali (in Italia, la legge n. 68/1999), ma anche, alternativamente, quelli che, ancorchè non rientranti nella categoria nazionale dei disabili normativamente definiti come tali, siano comunque affetti da un grave handicap fisico, mentale o psichico che impedisca loro di trovare un'occupazione in condizioni normali;- l'Autorità afferma che le cooperative sociali di tipo B avrebbero lo scopo di inserire nel lavoro persone "disagiate", mentre la legge n. 381/1991 parla di persone "svantaggiate" (il disagio ha una "dimensione" meramente soggettiva, e più ampia, mentre lo "svantaggio" l'ha oggettiva, e più ristretta);- l'Autorità afferma che sia i lavoratori protetti che i programmi di lavoro protetto sarebbero privi in Italia di una definizione giuridica, mentre ne sono privi solo i lavoratori protetti e non i programmi di lavoro protetto (che sono definiti dal Codice dei Contratti come quei programmi in cui la maggioranza dei lavoratori interessati è composta di disabili i quali, in ragione della natura o della gravità del loro handicap, non possono esercitare un'attività professionale in condizioni normali;

- l'Autorità afferma che la necessità di una "organizzazione stabile" corrispondente alla previsione statutaria della finalità dell'inserimento lavorativo sarebbe necessaria anche per i programmi di lavoro protetto e non solo per i lavoratori protetti, con ciò affermando una condizione palesemente in contrasto sia con la direttiva 18/2004 (che non lo prevede in nessun caso) che con i principi comunitari (di favor per la più ampia partecipazione alle gare e di divieto di limitazioni soggettive di carattere formale), che con la stessa logica (non si vede per quel ragione ciò dovrebbe essere nel caso di programmi di lavoro protetto), che, infine, con la legge n. 381/1991 che vieta (per i contratti sopra soglia comunitaria) di verificare nel corso delle procedure di gara e comunque prima dell'aggiudicazione dell'appalto la capacità di adempiere agli obblighi di inserimento lavorativo.

Ciò premesso, è opportuno ricordare anche che la fonte giuridica direttamente applicabile nel territorio nazionale è ora costituita dal D. Lgs n. 163 e non dalle direttive comunitarie nn. 17 e 18/2004. Con specifico riferimento, peraltro, alle parti della direttiva 18/2004 che si riferiscono ai lavoratori protetti non va trascurato il fatto che esse, anche prima dell'entrata in vigore del D. Lgs. n. 163/2006, e dopo la scadenza del termine assegnato per il loro recepimento, non potevano certo ritenersi self executing, stanti le evidenti discrepanze del contesto normativo nazionale relativo al tema degli inserimenti lavorativi di persone svantaggiate (in particolare: concetti di svantaggio e di disabilità, assenza in Italia dell'istituto del "laboratorio protetto");discrepanze che impedivano la diretta applicabilità sul punto della direttiva e che richiedevano un intervento sostanziale di adeguamento da parte del legislatore nazionale. Dato che, per propria stessa natura, le direttive comunitarie non sono atti destinati ad esprimere direttamente la propria efficacia nei confronti dei

---

L'importanza decisiva della presenza della virgola è confermata da una sorta di lapsus calami dell'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici, che nella nota determinazione n. 2 del 23 gennaio 2008, al fine di supportare l'interpretazione (da cui si dissente che vuole il requisito del 50% di disabili come riferito anche ai lavoratori protetti, si è trovata (tanto arbitrariamente quanto, forse, inconsciamente) ad aggiungere proprio la virgola che però manca nella norma."

cittadini dei diversi Stati, essendo dirette proprio agli Stati, che devono adeguare ad esse il proprio ordinamento, tale obbligo di adeguamento "sconta" per così dire proprio la ragione per cui esso deve avvenire, e cioè le diversità dei contesti nazionali. Gli Stati godono di una sia pur limitata discrezionalità nella forma e nei mezzi attraverso cui provvedere al recepimento delle direttive comunitarie al fine di armonizzare i propri singoli ordinamenti, fermo restando il risultato da raggiungere: la scelta operata dal legislatore italiano di limitare la necessità della presenza di almeno il 50% di persone disabili ai soli programmi di lavoro protetto può essere interpretata come il risultato di un lavoro di adattamento delle norme comunitarie alle specificità – già viste – dell'ordinamento giuridico italiano in tema, appunto, di disabilità e di svantaggio sociale. Secondo lo scrivente è, quindi, ragionevole pensare che il vigente Codice dei Contratti consenta di ritenere le cooperative sociali di tipo B appartenenti ex lege alla categoria dei "laboratorio protetti", fatta salva la possibilità anche di altri di dimostrare, nei casi specifici, di appartenervi in quanto, pur non possedendo tutte le caratteristiche delle cooperative sociali ed essendo caratterizzati da diversa forma giuridica, ne mutuino di fatto le caratteristiche relative alla presenza tra i propri lavoratori di almeno il trenta per cento di persone svantaggiate, secondo il concetto di svantaggio proprio 11 dell'ordinamento italiano, e di avere tra le proprie finalità quella costituita dall'inserimento lavorativo di persone svantaggiate. Ma, a ben vedere, all'interpretazione appena proposta non dovrebbe essere attribuita soverchia importanza: sia perché la clausola sociale, se accortamente sfruttata, può essere di fondamentale importanza per valorizzare la funzione delle cooperative sociali di tipo B, sia perché la chance da sempre offerta dalla deroga di cui all'arti. 5 L. 381/1991 (per gli appalti sotto soglia) attende da molto tempo di essere adeguatamente sfruttata non tanto per effettuare appalti riservati alle cooperative sociali B, quanto per perseguire l'obiettivo di ben più elevato profilo di promuovere attraverso la coprogrammazione sociale (Piani di Zona) e la relativa coprogettazione una rete pubblico-privato per gli inserimenti lavorativi in cui gli affidamenti di commesse alle cooperative B avvenga in modo non competitivo, quale elemento portante dell'adesione delle stesse alla funzione sociale pubblica. Si tratta di un terreno ancora in buona parte poco o per nulla sfruttato e che meriterebbe maggiore attenzione da parte dei soggetti istituzionali e della stessa cooperazione sociale.