

Pubblicato il 17/06/2021

N. 01480/2021 REG.PROV.COLL.
N. 00710/2021 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

sezione staccata di Salerno (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 710 del 2021, proposto da

General Enterprise S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Antonio Brancaccio, Alberto La Gloria, Valentina Brancaccio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio del primo, in Salerno, largo Dogana Regia, 15;

contro

Comune di Padula, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Lorenzo Lentini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Comunità Montana Vallo di Diano, quale Centrale Unica di Committenza, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

della procedura di appalto riservato per l'affidamento transitorio del servizio di raccolta porta a porta, degli interventi straordinari di pulizia, spazzamento e taglio erba del territorio comunale, della gestione del centro comunale di raccolta, trasporto e conferimento presso impianti autorizzati al recupero/smaltimento dei rifiuti urbani e assimilati provenienti dalla raccolta differenziata e dei servizi accessori.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Padula;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 84 del d.l. n. 18/2020, 4 del d.l. n. 28/2020, 25 del d.l. n. 137/2020 e 1 del d.l. n. 183/2020;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 26 maggio 2021 il dott. Olindo Di Popolo e uditi per le parti i difensori tramite collegamento telematico da remoto, come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Premesso che:

- col ricorso in epigrafe, la General Enterprise s.r.l. (in appresso, G. I.) impugnava, chiedendone l'annullamento, previa sospensione, i seguenti atti, inerenti alla procedura aperta, indetta dal Comune di Padula e gestita dalla Centrale di Committenza Comunità Montana Vallo di Diano, per l'affidamento transitorio, col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, del servizio di raccolta porta a porta, degli interventi straordinari di pulizia, spazzamento e taglio erba del territorio comunale, della gestione del centro comunale di raccolta, trasporto e conferimento presso impianti autorizzati al recupero/smaltimento dei rifiuti urbani e assimilati provenienti dalla raccolta differenziata e dei servizi accessori (per un importo stimato a base di gara pari a complessivi € 978.359,25), nella parte in cui la partecipazione alla competizione era stata riservata «ad operatori economici e a cooperative sociali e loro consorzi il cui scopo principale sia l'integrazione

sociale e professionale delle persone con disabilità o svantaggiate»: -- bando di gara, pubblicato il 21 aprile 2021 sull'Albo Pretorio on-line del Comune di Padula e sul profilo Centrale di Committenza Comunità Montana Vallo di Diano; -- disciplinare di gara e capitolato speciale di appalto; -- determina a contrarre n. 193 del 16 aprile 2021, emanata dal Responsabile dell'Area Manutentiva del Comune di Padula; -- delibera della Giunta comunale (DGC) di Padula n. 54 del 9 aprile 2021, recante l'approvazione dell'indizione della gara ai sensi degli artt. 60 e 112 del d.lgs. n. 50/2016; -- determina del Responsabile del Procedimento della Centrale Unica di Committenza – Comunità Montana Vallo di Diano n. 167 del 21 aprile 2021;

- a sostegno del gravame proposto, la ricorrente, nel censurare la clausola immediatamente escludente la propria partecipazione alla procedura selettiva de qua (non rientrando essa nella categoria degli «operatori economici e ... cooperative sociali e loro consorzi il cui scopo principale sia l'integrazione sociale e professionale delle persone con disabilità o svantaggiate»), lamentava, in estrema sintesi, che: a) in violazione dell'art. 5 della l. n. 381/1991 e dell'art. 6 della l. r. Campania n. 7/2015, l'appalto posto in gara sarebbe stato riservato agli operatori del c.d. **terzo settore**, nonostante avesse per oggetto un servizio locale di rilevanza economica (gestione dei rifiuti urbani), nonché sopra soglia comunitaria (€ 214.000,00), per il quale sarebbe preclusa l'applicabilità della deroga legislativa prevista in favore dell'anzidetta categoria imprenditoriale; b) l'amministrazione aggiudicatrice, in sede di indizione della procedura concorsuale, avrebbe omesso di motivare esaustivamente e congruamente la scelta adottata (a discapito dei principi basilici pro-concorrenziali di derivazione euro-unitaria) anche in rapporto alla natura dell'appalto (implicante apprezzabili difficoltà esecutive – per le cooperative sociali e per gli altri soggetti ad esse equiparati – quanto, segnatamente, alla prevista gestione dell'isola ecologica, dell'impianto di depurazione, nonché alla prevista manutenzione della rete idrica e del patrimonio pubblico comunale) né avrebbe tenuto conto, in coerenza con tale

scelta, dei parametri declinati dall'art. 7, comma 3, della l. r. Campania n. 7/2015, in sede di enunciazione dei criteri di valutazione dell'offerta tecnica);
 c) contraddittoriamente, poi, avrebbe consentito il subappalto anche nei confronti dei soggetti sprovvisti dei requisiti di cui all'art. 112 del d.lgs. n. 50/2016, finendo così per tradire l'obiettivo di tutela prefissatosi; d) altrettanto contraddittoriamente, avrebbe circoscritto temporalmente e numericamente l'inquadramento lavorativo delle persone disabili e svantaggiate presso l'impresa affidataria ed avrebbe sovrapposto la correlativa clausola di salvaguardia alla clausola sociale a beneficio del personale alle dipendenze dell'appaltatore uscente;

- costituitosi sia l'intimato Comune di Padula, eccepiva l'inammissibilità e l'infondatezza delle domande proposte ex adverso;

- il ricorso veniva chiamato all'udienza del 26 maggio 2021 per la trattazione dell'incidente cautelare;

- nell'udienza camerale emergeva che la causa era matura per la definizione immediata nel merito, essendo integro il contraddittorio, completa l'istruttoria e sussistendo gli altri presupposti di legge;

- tramite collegamento da remoto sulla piattaforma "Microsoft Teams", effettuato ai sensi degli artt. 4 del d.l. n. 28/2020, 25 del d.l. n. 137/2020 e 1 del d.l. n. 183/2020 e del decreto del Presidente del Consiglio di Stato n. 134/2020, le parti venivano sentite, oltre che sulla domanda cautelare, sulla possibilità di definizione del ricorso nel merito e su tutte le questioni di fatto e di diritto che la definizione nel merito pone;

Considerato, in rito, che:

- priva di pregio è l'eccezione di inammissibilità ricollegata dall'amministrazione resistente all'asserita mancanza di specifiche contestazioni rivolte alla riserva di appalto in favore degli operatori del **terzo settore** diversi dalle cooperative sociali;

- la causa petendi enucleata da parte ricorrente, seppure appuntata sulla denunciata illegittimità della limitazione partecipativa in favore delle

cooperative sociali ex art. 1, comma 1, lett. b, della l. n. 381/1991, risulta, infatti, rivolta alla clausola concorsuale di riserva ex se, siccome, cioè, dettata tanto in favore delle cooperative sociali quanto in favore degli altri operatori del **terzo settore**, l'impianto censorio allestito elettivamente in relazione alle prime ben potendo intendersi adattabile anche in relazione alle seconde;

Considerato, nel merito, innanzitutto, che:

- ai sensi dell'art. 112, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016: «Fatte salve le disposizioni vigenti in materia di cooperative sociali e di imprese sociali, le stazioni appaltanti possono riservare il diritto di partecipazione alle procedure di appalto e a quelle di concessione o possono riservarne l'esecuzione ad operatori economici e a cooperative sociali e loro consorzi il cui scopo principale sia l'integrazione sociale e professionale delle persone con disabilità o svantaggiate o possono riservarne l'esecuzione nel contesto di programmi di lavoro protetti quando almeno il 30 per cento dei lavoratori dei suddetti operatori economici sia composto da lavoratori con disabilità o da lavoratori svantaggiati»;

- l'art. 5, comma 1, della l. n. 381/1991 stabilisce che: «Gli enti pubblici, compresi quelli economici, e le società di capitali a partecipazione pubblica, anche in deroga alla disciplina in materia di contratti della pubblica amministrazione, possono stipulare convenzioni con le cooperative che svolgono le attività di cui all'articolo 1, comma 1, lettera b, ovvero con analoghi organismi aventi sede negli altri Stati membri della Comunità europea, per la fornitura di beni e servizi diversi da quelli socio-sanitari ed educativi il cui importo stimato al netto dell'IVA sia inferiore agli importi stabiliti dalle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici, purché tali convenzioni siano finalizzate a creare opportunità di lavoro per le persone svantaggiate di cui all'articolo 4, comma 1. Le convenzioni di cui al presente comma sono stipulate previo svolgimento di procedure di selezione idonee ad assicurare il rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di efficienza»;

- l'art. 6, comma 3, della l. r. Campania n. 7/2015 precisa che gli schemi di convenzione ex art. 9, comma 2, della l. n. 381/1991 «riguardano: a) la gestione dei servizi alla persona; b) la fornitura di beni e di servizi di cui all'articolo 5 della legge 381/1991, e l'esecuzione dei lavori come definito dal decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE)».

Considerato, quindi, che:

- tale essendo il quadro normativo di riferimento, fuori sesto si rivelano le censure di violazione dell'art. 5 della l. n. 381/1991 e dell'art. 6 della l. r. Campania n. 7/2015;

- a ripudio degli assunti attorei, occorre rimarcare che l'art. 112 del d.lgs. n. 50/2016 – il quale costituisce, nella specie, la fonte normativa in concreto sottesa alla scelta dell'appalto riservato – fa espressamente «salve le disposizioni vigenti in materia di cooperative sociali e di imprese sociali», ossia, segnatamente, la disciplina dettata dall'art. 5 della l. n. 381/1991, così tracciando una netta distinzione di piani applicativi, l'uno (e cioè quello delineato dallo stesso art. 112 del d.lgs. n. 50/2016) 'interno' al sistema codicistico – derogatorio, bensì, quanto all'individuazione dei soggetti legittimati alla partecipazione, ma pur sempre ancorato ai moduli procedurali tipizzati di selezione pubblica del contraente –, e l'altro (e cioè quello delineato dall'art. 5 della l. n. 381/1991) eccentrico rispetto al sistema codicistico, laddove prevedente la stipula diretta di convenzioni con le (sole) cooperative sociali esercenti attività diverse da quelle socio-sanitarie ed educative, quali le attività agricole, industriali, commerciali o di servizi, che siano finalizzate all'inserimento lavorativo delle (sole) persone svantaggiate;

- il disallineamento, e, quindi, la non sovrapponibilità, dei due illustrati nuclei normativi si apprezza, precipuamente, in base alla diversità tra i rispettivi ambiti soggettivi di applicazione: mentre, infatti, l'art. 112 del d.lgs. n. 50/2016 è rivolto alla platea degli operatori economici, delle cooperative

sociali dei relativi consorzi il cui scopo principale sia l'integrazione sociale e professionale delle persone con disabilità o svantaggiate, l'art. 5 della l. n. 381/1991 è rivolto alle sole cooperative sociali di cui al precedente art. 1, comma 1, lett. b, esercenti attività finalizzate all'inserimento lavorativo delle sole persone svantaggiate;

- la specialità applicativa dell'art. 5 della l. n. 381/1991 era stata così circostanziata, già in rapporto al previgente art. 52 del d.lgs. n. 163/2006, da Cons. Stato, sez. V, 27 marzo 2015, n. 1620: «... le disposizioni di cui all'art. 5 della legge n. 381 del 1991 e dell'art. 52 del d.lgs. n. 163 del 2006, pur accomunate dalla identica natura eccezionale (e derogatoria rispetto alla disciplina comunale) e dalla medesima finalità di protezione delle persone svantaggiate (in attuazione dei principi costituzionali di uguaglianza e solidarietà), hanno ambiti di applicazione e regolano fattispecie del tutto differenti e non sovrapponibili tra di loro (come del resto è direttamente rilevabile dall'incipit della disposizione dell'art. 52, che fa espressamente salve le norme vigenti sulle cooperative sociali e sulle imprese sociali, tra cui non vi è motivo per non comprendere la legge n. 381 del 1991). Infatti la prima contempla la possibilità di affidamenti diretti alle cooperative sociali di cui all'art. 1, comma 1, lett. b), della legge n. 3981 del 1991 di appalti di fornitura di beni e servizi, eccezion fatta per quelli socio – sanitari ed educativi, di importo sottosoglia comunitaria; la seconda ammette procedure di gara in cui, per quanto qui interessa, in relazione a singoli appalti o in considerazione dell'oggetto dell'appalto, la partecipazione possa essere riservata a specifici soggetti, quali i laboratori protetti, tra cui possono essere annoverate anche le cooperative sociali di cui al più volte citato art. 1, comma 1, lett. b), della legge n. 381 del 1991»;

- analogamente, l'ANAC, nella determinazione n. 2 del 23 gennaio 2008, sempre con riferimento al rapporto tra l'art. 52 del d.lgs. n. 163/2006 e l'art. 5 della l. n. 381/1991 aveva osservato che: «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. (...). 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» (cfr. anche delibere ANAC n. 32 del 20 gennaio 2016 e n. 207 del 1° marzo 2017);

- ferma restando la distinta disciplina di cui all'art. 5 della l. n. 381/1991, l'art. 112 del d.lgs. n. 50/2016 – così come il previgente art. 52 del d.lgs. n. 163/2006 – innesta, dunque, nel corpus normativo dei contratti pubblici uno strumento di sostegno alle politiche sociali in favore dei soggetti più deboli, in deroga alle regole ordinarie di concorrenzialità, e recepisce, così, la previsione euro-unitaria dell'art. 20.1 della direttiva 2014/24/UE, ai sensi del quale «gli Stati membri possono riservare il diritto di partecipazione alle procedure di appalto a laboratori protetti e ad operatori economici il cui scopo principale sia l'integrazione sociale e professionale delle persone con disabilità o svantaggiate o possono riservarne l'esecuzione nel contesto di programmi di lavoro protetti quando almeno il 30% dei lavoratori dei suddetti laboratori, operatori economici o programmi sia composto da lavoratori con disabilità o da lavoratori svantaggiati»;

- e risponde, in questo modo, ad una finalità perseguita e riconosciuta a livello euro-unitario in via complementare rispetto a quella (principale) pro-concorrenziale: «Lavoro e occupazione – recita, appunto, il trentaseiesimo considerando della direttiva 2014/24/UE – contribuiscono all'integrazione nella società e sono elementi chiave per garantire pari opportunità a tutti. In

questo contesto, i laboratori protetti possono svolgere un ruolo significativo. Lo stesso vale per altre imprese sociali il cui scopo principale è l'integrazione o reintegrazione sociale e professionale delle persone con disabilità e delle persone svantaggiate, quali i disoccupati, le persone appartenenti a minoranze svantaggiate o comunque a categorie socialmente emarginate. Tuttavia, detti laboratori o imprese potrebbero non essere in grado di ottenere degli appalti in condizioni di concorrenza normali. Appare pertanto opportuno prevedere che gli Stati membri possano avere la facoltà di riservare la partecipazione alle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici o di determinati lotti di appalti a tali laboratori o imprese o riservarne l'esecuzione nel contesto di programmi di lavoro protetti»;

- ciò posto, è da ritenersi che le sollevate questioni della rilevanza economica o meno del servizio in affidamento e della sua collocazione sopra o sotto soglia comunitaria in tanto avrebbero avuto ragione di porsi, in quanto si fosse trattato di una procedura selettiva negoziata (c.d. convenzione diretta: cfr. Cons. Stato, sez. V, 11 maggio 2010, n. 2829) assoggettata non già al regime di evidenza pubblica codificato dal d.lgs. n. 50/2016, bensì allo speciale regime derogatorio contemplato dal citato art. 5, comma 1, della l. n. 381/1991;

- la giurisprudenza invocata da parte ricorrente, allorché ha statuito che «la riserva di partecipazione posta in favore delle cooperative sociali dall'art. 5 della l. n. 381 del 1991 può essere legittimamente imposta solo per la fornitura di beni e servizi strumentali della pubblica amministrazione, cioè erogati a favore della pubblica amministrazione e riferibili ad esigenze strumentali della stessa» e che, «al contrario, tale limite non può trovare applicazione nei casi in cui si tratti di servizi pubblici locali, destinati a soddisfare la generica collettività» (cfr., ex multis, Cons. Stato, sez. V, 11 maggio 2010, n. 2829; sez. VI, 29 aprile 2013, n. 2342; sez. V, 16 aprile 2014, n. 1863; 7 ottobre 2016, n. 4129; TAR Emilia Romagna, Bologna, sez. II, 6 luglio 2015, n. 637; TAR Piemonte, Torino, sez. I, 3 marzo 2016, n. 306; TAR

Lazio, Roma, sez. II, 13 agosto 2018, n. 8984; ma cfr. anche, contra, TAR Campania, Salerno, sez. I, 28 luglio 2011, n. 1429; TAR Lazio, Roma, sez. II, 30 luglio 2014, n. 8325) – quale sarebbe, appunto, il servizio di gestione dei rifiuti urbani –, ha avuto, infatti, riguardo a procedure selettive riservate extra-codicistiche, ossia non disciplinate dal d.lgs. n. 50/2016 (ad es., mediante affidamento diretto, indagine di mercato ovvero istituzione di appositi elenchi di operatori appartenenti alla categoria protetta);

- viceversa, la gara qui controversa risulta indetta non già ai sensi dell'art. 5, comma 1, della l. n. 381/1991, bensì ai sensi tanto dell'art. 112 del d.lgs. n. 50/2016 – il quale, a dispetto delle proposizioni attoree, trova indistintamente applicazione per i contratti sopra e sotto soglia comunitaria, siccome inserito nel Titolo V (“Esecuzione”) della Parte II (“Contratti di appalto per lavori servizi e forniture”) del Codice dei contratti pubblici, quanto, soprattutto, del precedente art. 60 (“Procedura aperta”) (cfr., in tal senso, con riferimento al previgente art. 52 del d.lgs. n. 163/2006, ANAC, determinazioni n. 2 del 23 gennaio 2008 e n. 3 del 1° agosto 2012) – così da essere rivolta ad una platea sufficientemente ampia e indifferenziata di candidati («operatori economici e ... cooperative sociali e loro consorzi il cui scopo principale sia l'integrazione sociale e professionale delle persone con disabilità o svantaggiate»), tale da garantire l'effettività del confronto concorrenziale;

- a suffragio delle superiori considerazioni reietive, milita anche il seguente arresto, sancito da Cons. Stato, sez. V, 27 marzo 2015, n. 1620, con riferimento ad una fattispecie in termini (selezione per l'affidamento del servizio di raccolta differenziata di indumenti ed accessori di abbigliamento usati da svolgere nel territorio comunale, con limitazione della scelta delle ditte candidate a quelle inserite nell'elenco speciale delle cooperative sociali di tipo B): «nel caso di specie A. non ha provveduto affatto all'affidamento diretto del servizio di raccolta differenziata di indumenti ed accessori di abbigliamento da avviare al recupero attraverso l'utilizzo di appositi contenitori stradali nel territorio del Comune ... avendo piuttosto indetto una

specifica procedura di gara da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, giusta lettera d'invito in data 3 febbraio 2014. Ciò rende prive di qualsiasi rilevanza le deduzioni ... sulla asserita natura di pubblico servizio locale del servizio de qua, peraltro sottolineandosi che il precedente giurisprudenziale richiamato dall'appellante concerne il ben diverso profilo dell'illegittimità dell'affidamento diretto di un servizio pubblico locale sulla base dell'art. 5 della l. n. 381 del 1991 e non è pertanto coerente con la fattispecie in esame. Sotto altro diverso, ma corrente profilo, non vi è motivo di dubitare della legittimità della procedura di gara effettivamente espletata da A., che ne ha riservato la partecipazione alle sole cooperative sociali di tipo B di cui alla legge n. 381 del 1991, inserite nell'apposito elenco speciale ... In realtà, lo stesso Codice del contratti pubblici, oltre a prevedere in linea generale procedure di aggiudicazione ristrette, alle quali sono invitati solo determinati soggetti, che ne abbiano fatto richiesta e previamente qualificati, fermo restando la necessità che siano invitati almeno dieci operatori (nel caso di affidamento di beni o servizi), se sussiste un tal numero di soggetti idonei, e che in ogni caso il numero dei candidati invitati deve essere sufficiente ad assicurare un'effettiva concorrenza (art. 55 e 62, commi 2 e 3, del d.lgs. n. 163 del 2006), contempla espressamente la specifica fattispecie di appalti riservati, ai sensi dell'art. 52, ai quali, come si è avuto modo di accennare nel precedente paragrafo 4.2.2., ricorrendo le condizioni ivi previste, possono essere invitati a partecipare anche laboratori protetti, tra cui possono rientrare le cooperative sociali di cui all'art. 1, comma 1, lett. b, della legge n. 381 del 1991»;

- nello stesso senso, TAR Lazio, Roma, sez. II, 30 luglio 2014, n. 8325 (confermata dalla pronuncia dianzi citata) ha osservato che: «- la fattispecie in trattazione costituisce – in verità – una procedura ad evidenza pubblica caratterizzata dalla riserva - a livello di partecipazione – ad una specifica categoria di imprese. Orbene, tale ipotesi è esplicitamente ammessa dall'art. 52 del d.lgs. n. 163 del 2006, seppure a determinate condizioni ...; - a tale fine

la natura delle ditte interessate – costituenti cooperative sociali – riveste, dunque, rilevanza, in qualità di “presupposto” a fondamento della scelta effettuata dall’amministrazione. Ciò detto, il Collegio non può che prendere atto che si tratta di una procedura ad evidenza pubblica caratterizzata – come ampiamente esposto dall’amministrazione – dalla riserva della partecipazione in favore di imprese connotate da peculiarità sotto il profilo sociale (rectius: le cooperative sociali), in linea, del resto, anche con direttrici impartite della Commissione Europea. A fronte di tale constatazione, l’art. 5 della legge n. 381 del 1991 – specie se interpretato ed inteso in termini di “norma eccezionale” che consente “la stipula di contratti di affidamento diretto (anche in deroga alla disciplina in materia di contratti della pubblica amministrazione) di servizi alle cooperative sociali” (cfr., tra le altre, TAR Lazio, Sez. I ter, n. 5184 del 2014) – non può che assumere carattere recessivo per lasciare spazio alla diversa problematica della possibilità o meno di riservare la partecipazione ad una gara ad evidenza pubblica a particolari e ben individuate imprese»;

- in argomento, anche questa Sezione staccata (sez. I), nella sentenza n. 1429 del 28 luglio 2011 ha avuto modo di statuire che «la ratio ispiratrice del richiamato orientamento giurisprudenziale restrittivo (individuata nell'esigenza di limitare le deroghe ai principi nazionali e comunitari in materia di concorrenza attraverso affidamenti diretti) non ha ragione di piena applicazione», allorquando l’amministrazione non abbia proceduto ad un affidamento diretto del servizio di mensa scolastica, ma abbia comunque assicurato la regola della evidenza pubblica, indicando una gara, sia pur limitandone la partecipazione alle sole cooperative sociali;

Considerato, poi, che:

- per consolidata giurisprudenza, le stazioni appaltanti hanno il potere di fissare nella disciplina di gara di gara requisiti soggettivi specifici di partecipazione, suscettibili di limitare la platea dei concorrenti, attraverso l'esercizio di un'ampia discrezionalità, il quale rimane insindacabile in sede

giurisdizionale se non nei limiti della ragionevolezza dell'imposta limitazione del confronto competitivo in rapporto allo scopo perseguito (cfr., ex multis, Cons. Stato, sez. V, 23 settembre 2015, n. 4440; TAR Lazio, Roma, sez. II, 2 settembre 2015, n. 11008; sez. I, 7 dicembre 2020, n.13049; TAR Campania, Napoli, sez. V, 3 maggio 2016 n. 2185);

- nel caso in esame, è da ritenersi che il Comune di Padula abbia fatto buon governo della regola pretoria dianzi richiamata, allorquando ha fatto ricorso all'appalto riservato ex art. 112 del d.lgs. n. 50/2016, ossia ad un modulo selettivo la cui applicazione, siccome normativamente tipizzata (oltre che suggellata a livello euro-unitario), non richiedeva un particolare supporto istruttorio-motivazionale;

- nella delibera consiliare n. 54 del 9 aprile 2021, dopo aver premesso che «nell'esercizio delle proprie funzioni socio/assistenziali cui è istituzionalmente preposto intende favorire lo sviluppo di percorsi di integrazione ed inserimento lavorativo a favore di cittadini che versano in situazioni di disadattamento sociale e/o di emarginazione dal mercato del lavoro e pertanto usare la leva del "public procurement" per conseguire tale obiettivo», ha, infatti, sufficientemente argomentato che le prestazioni previste in appalto, in quanto «in prevalenza manuali ed operative a basso indice di complessità ... possono essere svolte anche da persone socialmente svantaggiate e/o portatrici di handicap senza alcun rischio per gli utenti e per la qualità dei servizi stessi»;

Considerato, altresì, che:

- l'art. 7, comma 3, della l. r. Campania n. 7/2015, invocato dalla G.I., enuncia criteri di valutazione che, seppure denominati «elementi oggettivi», figurano riferiti non già all'offerta tecnica – alla stregua delle tipologie declinate dall'art. 95, comma 6, del d.lgs. n. 50/2016 – bensì alla qualificazione operativa del «contraente», siccome provvisto di «progetto di inserimento dei soggetti svantaggiati»;

- si tratta, in particolare, dei seguenti elementi: «a) gli elementi in grado di testimoniare l'organico radicamento territoriale del progetto; b) il numero dei soggetti svantaggiati; c) la tipologia dello svantaggio in relazione alla prestazione lavorativa richiesta; d) il ruolo e il profilo professionale di riferimento; e) la presenza di piani individualizzati contenenti obiettivi a medio e lungo termine; f) il numero e la qualifica delle eventuali figure di sostegno; g) il rispetto delle normative vigenti in materia»;

- in ogni caso, la disposizione in parola concerne le sole procedure di affidamento di cui all'art. 5 della l. n. 381/1991 («1. Per la gestione dei servizi o per la fornitura di beni e di servizi di cui all'articolo 6, comma 3, lettera b, e per le modalità di affidamento di cui agli articoli 5 e 8 della legge 381/1991, nella scelta dei contraenti per l'aggiudicazione, l'offerta presentata è valutata con riferimento a elementi oggettivi diversi dall'esclusivo criterio del massimo ribasso, quale elemento prevalente di scelta del contraente ... 3. Per fornitura di beni e di servizi diversi da quelli socio-sanitari, assistenziali ed educativi, ai sensi dell'articolo 5 della legge 381/1991, oltre agli elementi previsti dal comma 2, l'elemento oggettivo da valutare è il progetto di inserimento dei soggetti svantaggiati che deve riportare ...»), e non anche le gare – quale, appunto, quella controversa – indette ai sensi dell'art. 112 del d.lgs. n. 50/2016;

- non senza soggiungere, subito dopo, che i parametri selettivi enucleati dall'art. 7, comma 3, della l. r. Campania n. 7/2015 trovano, nella sostanza, adeguato riscontro nel criterio valutativo A.1 (“Progetto di reinserimento lavorativo e sociale”), dettato al paragrafo 18.1 del disciplinare di gara: «L'operatore economico dovrà descrivere una sintesi di un programma di attività di reinserimento lavorativo e sociale che si impegna ad attuare, in caso di aggiudicazione, in favore delle persone svantaggiate impiegate nel servizio. Precisamente il progetto d'inserimento lavorativo in relazione a ciascuna possibile situazione di svantaggio dovrà tenere conto: - delle attività formative; - dell'addestramento alle mansioni e acquisizione delle relative

abilità; - del potenziamento delle capacità relazionali; - delle modalità e della periodicità di svolgimento delle attività proposte. Maggiori punteggi saranno attribuiti ai programmi che meglio garantiranno la stazione appaltante al perseguimento degli obiettivi di reinserimento lavorativo e sociale, dalla maggiore chiarezza espositiva e dal maggior dettaglio delle attività che si intende implementare»;

- non solo; la conformazione a detti parametri si realizza ulteriormente nella previsione dell'art. 7 ("Inserimento lavorativo del personale svantaggiato") del capitolato speciale di appalto: «Con specifico riguardo al personale svantaggiato ai sensi dell'art. 112, 2° comma, d.lgs. 50/2016, impiegato per l'esecuzione delle prestazioni, l'affidatario ha l'obbligo di elaborare un progetto personalizzato d'inserimento lavorativo in relazione a ciascuna specifica situazione di svantaggio, assicurando la predisposizione e lo svolgimento della specifica attività formativa, dedicata ai soggetti svantaggiati, per l'addestramento alle mansioni ed acquisizione delle relative abilità, nonché per il potenziamento delle capacità relazionali, secondo le modalità e le periodicità indicate nell'offerta tecnica presentata in sede di gara. Secondo la periodicità e le modalità indicate nell'offerta tecnica presentata in sede di gara, l'affidatario dovrà provvedere ad elaborare una relazione di valutazione periodica riepilogativa dei risultati raggiunti nell'inserimento lavorativo e nel potenziamento delle capacità relazionali dei soggetti svantaggiati, dando conto delle sinergie sviluppate con i soggetti pubblici e privati che si occupano di fragilità e svantaggio sociale operanti nel territorio di riferimento e descrivendo le iniziative e attività extralavorative intraprese per favorire l'inclusione sociale e comunitaria dei soggetti svantaggiati, nonché tutti gli interventi attuati per sopperire alle problematiche di natura socio-assistenziale proprie dei soggetti svantaggiati. Detta relazione dovrà essere trasmessa al Comune di Padula, che potrà valutarne i contenuti con il coinvolgimento dei competenti servizi sociali, che potranno fornire tutti i suggerimenti e le

prescrizioni ritenute più opportune per implementare l'efficacia dei processi di inserimento lavorativo e di inclusione sociale dei soggetti svantaggiati»;

Considerato, ancora, che:

- nessuna contraddittorietà è ravvisabile nella circostanza che la *lex specialis* avrebbe consentito il subappalto anche nei confronti dei soggetti sprovvisti dei requisiti di cui all'art. 112 del d.lgs. n. 50/2016;
- ciò, in primis, perché il citato art. 112 del d.lgs. n. 50/2016 non prevede alcuna limitazione al ricorso al subappalto in ipotesi di gara riservata (“ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit”; “ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus”): ed invero, la scelta di tale modulo selettivo non avrebbe potuto, di per sé, elidere l'applicabilità dell'avvalimento e del subappalto, senza infrangersi contro i principi euro-unitari sottesi a questi ultimi; in argomento, TAR Campania, Napoli, sez. VII, 9 luglio 2018, n. 4523 ha statuito che: «- ... la giurisprudenza è consolidata nel ritenere che l'istituto dell'avvalimento, di applicazione generale – anche in adesione a principi comunitari (si veda TAR Campania, Napoli, sez. V, n. 2144/2018, con ragguaglio di precedenti) – non soffre limitazioni con riguardo agli appalti riservati ex art. 112 d. lgs. n. 50/2016, in quanto detta disposizione non contiene "alcun divieto espresso e generalizzato al ricorso dell'avvalimento" ...; in tema, si veda anche TAR Piemonte, sez. I, n. 705/2018, in cui si osserva condivisibilmente che "la pretesa limitazione alla facoltà di avvalimento, oltre a non essere contemplata espressamente dall'art. 89 del d.lgs. n. 50 del 2016, neppure risponderebbe alla ratio che ha ispirato la disciplina degli appalti riservati, dal momento che l'impiego (obbligatorio) di lavoratori svantaggiati nell'esecuzione del servizio è del tutto compatibile con l'utilizzo, ai fini della qualificazione alla gara, di certificazioni e requisiti posseduti da una società di capitali ordinaria"; - il primo motivo di ricorso non merita quindi adesione ... e ciò – va precisato – neppure sotto il profilo della violazione dell'art. 89 del nuovo codice appalti (comma primo), laddove si prevede che "Per quanto riguarda i criteri relativi all'indicazione dei titoli di studio e professionali di cui all'allegato XVII, parte

II, lettera f), o alle esperienze professionali pertinenti, gli operatori economici possono tuttavia avvalersi delle capacità di altri soggetti solo se questi ultimi eseguono direttamente i lavori o i servizi per cui tali capacità sono richieste"; da tale disposizione parte ricorrente desume che la doverosa applicazione di essa agli appalti riservati ex art. 112 del medesimo testo normativo, se si ammettesse l'avvalimento, finirebbe per violare quest'ultima disposizione, che riserva ai soli soggetti indicati la partecipazione alle gare e l'esecuzione delle prestazioni; - deve in contrario osservarsi che il comma primo dell'art. 89 non stabilisce un'integrale sostituzione del personale dell'ausiliaria a quello dell'ausiliata, bensì prevede l'esecuzione diretta da parte del personale dell'ausiliaria con limitato riguardo ai lavori e ai servizi per i quali tali capacità sono richieste, sicché (e di ciò si parlerà estesamente subito appresso) è dal contenuto in concreto del contratto di avvalimento che può desumersi l'effettiva rispondenza di esso alla disciplina di cui trattasi»;

- poi, perché attraverso l'avvalimento e il subappalto, si consente la partecipazione concorsuale indiretta di operatori economici qualificati nel settore di mercato della gestione dei rifiuti urbani e si apporta, così, un ragionevole temperamento alla restrizione al confronto competitivo, indotta dalla disposta riserva ex art. 112 del d.lgs. n. 50/2016;

- infine, perché non tutte le prestazioni richieste in appalto sono, comunque, considerate subappaltabili: in dettaglio, si definiscono come non subappaltabili le prestazioni principali, identificate con le attività di raccolta domiciliare porta a porta, spazzamento, taglio erba manuale, mentre si definiscono come subappaltabili quelle secondarie (cfr. paragrafo 9 del disciplinare di gara), ivi comprese, quindi, proprio quelle – quali il trasporto e lo smaltimento dei rifiuti, la gestione dell'isola ecologica e dell'impianto di depurazione – che la ricorrente, peraltro con petizione di principio, assume non adeguatamente assicurabili dalle cooperative sociali e dagli altri soggetti ad esse equiparati (per tali non dovendo, di certo, intendersi le attività

meramente accessorie alla manutenzione della rete idrica e del patrimonio comunale);

Considerato, infine, che:

- nessuna contraddittorietà è ravvisabile nella circostanza che la *lex specialis* avrebbe circoscritto temporalmente e numericamente l'inquadramento lavorativo delle persone disabili e svantaggiate presso l'impresa affidataria ed avrebbe sovrapposto la correlativa clausola di salvaguardia alla clausola sociale a beneficio del personale alle dipendenze dell'appaltatore uscente;
- sotto il primo profilo, deve obiettarsi che la previsione dell'art. 7 del capitolato speciale di appalto («Per quanto riguarda le attività connesse all'inserimento lavorativo di personale svantaggiato, entro 6 (sei) mesi dall'avvio del servizio e fino alla fine dell'appalto, dovrà essere garantito l'impiego di un numero di soggetti svantaggiati part-time ai sensi dell'art. 112, 2° comma, d.lgs. 50/2016 almeno pari a 3 unità (30% del personale impiegato nel servizio). Pertanto, costituisce obbligo dell'affidatario, prevedere l'impiego di personale svantaggiato ovvero di impiegare nel servizio soggetti appartenenti ad una delle categorie di cui all'art. 112, 2° comma, d.lgs. 50/2016») si pone in linea con quella dell'art. 112, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016 (a tenore del quale «le stazioni appaltanti possono riservare il diritto di partecipazione alle procedure di appalto e a quelle di concessione o possono riservarne l'esecuzione ad operatori economici e a cooperative sociali e loro consorzi il cui scopo principale sia l'integrazione sociale e professionale delle persone con disabilità o svantaggiate o possono riservarne l'esecuzione nel contesto di programmi di lavoro protetti quando almeno il 30 per cento dei lavoratori dei suddetti operatori economici sia composto da lavoratori con disabilità o da lavoratori svantaggiati»), laddove commisura la quota di riserva in favore dei soggetti svantaggiati al personale specificamente impiegato nell'esecuzione del servizio;
- sotto il secondo profilo, è appena il caso di sottolineare come la clausola di salvaguardia di cui al citato art. 7 del capitolato speciale di appalto e la

clausola sociale di cui al successivo art. 8 rispondono a finalità differenti (la prima alla tutela dei soggetti disabili o svantaggiati, la seconda alla tutela della stabilità del rapporto di lavoro subordinato), che rivestono pari dignità e che, come tali, ben possono coesistere, senza necessariamente elidersi, nella regolamentazione dell'appalto;

Ritenuto, in conclusione, che:

- stante la sua acclarata infondatezza, il ricorso in epigrafe va respinto;
- appare equo compensare interamente tra le parti le spese di lite;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania, Sezione staccata di Salerno (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando, respinge il ricorso in epigrafe.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Salerno nella camera di consiglio del giorno 26 maggio 2021, svoltasi tramite collegamento telematico da remoto, ai sensi dell'art. 84, comma 6, del d.l. n. 18/2020, con l'intervento dei magistrati:

Nicola Durante, Presidente

Olindo Di Popolo, Consigliere, Estensore

Igor Nobile, Referendario

L'ESTENSORE
Olindo Di Popolo

IL PRESIDENTE
Nicola Durante

IL SEGRETARIO