**Appalti riservati**

Strumento attraverso cui la P.A. persegue una duplice finalità: - soddisfare il bisogno collegato alla commessa pubblica che deve affidare, - promuovere l’inserimento lavorativo di persone svantaggiate.

Il perseguimento di questo secondo fine sociale viene attuato mediante una deroga al principio di libera concorrenza e massima partecipazione.

Sul tema:

- ANAC Delibera n. 207 del marzo 2017;

- Cons. Stato 1300/2022: il principio di inclusione sociale è pari se non prevalente su quello della concorrenza e del libero mercato, dato che è riconosciuto nei primi articoli dei trattati istitutivi UE.

Riconoscimento dell’alto valore di perseguimento dei fini sociali: art. 30 codice appalti.

Direttiva Unione Europa 24/2014

Considerando 36: “Lavoro e occupazione 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”.

Sulla base di tale considerando, l’art. 20 della direttiva 24 prevede che vi sia la possibilità per gli stati membri di riservare il diritto di partecipazione alle gare ad operatori economici il cui scopo principale sia l’integrazione sociale e professionale delle persone con disabilità o svantaggiate o riservare l’esecuzione delle commesse nell’ambito di programmi protetti quando almeno il 30% del personale disabile o svantaggiato.

Art. 112 D.Lgs. 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.

Ai sensi del presente articolo si considerano soggetti con disabilità quelli di cui all’articolo 1 della legge 12 marzo 1999, n. 68, le persone svantaggiate, quelle previste dall’articolo 4 della legge 8 novembre 1991, n. 381, gli ex degenti di ospedali psichiatrici, anche giudiziari, i soggetti in trattamento psichiatrico, i tossicodipendenti, gli alcolisti, i minori in età lavorativa in situazioni di difficoltà familiare, le persone detenute o internate negli istituti penitenziari, i condannati e gli internati ammessi alle misure alternative alla detenzione e al lavoro all’esterno ai sensi dell’articolo 21 della legge 26 luglio 1975, n. 354 e successive modificazioni.

Art. 61 D.Lgs. 36/2023

Il nuovo Codice Appalti riprende testualmente l’art. 112 D.Lgs. 50/5016 sopra riportato.

Apporta delle modifiche:

1) Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti prevedono nei bandi di gara, negli avvisi e negli inviti, come requisiti necessari o come ulteriori requisiti premiali dell'offerta, meccanismi e strumenti idonei a realizzare le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate.

2) n sede di prima applicazione del codice, l'allegato II.3 prevede meccanismi e strumenti premiali per realizzare le pari opportunità generazionali e di genere e per promuovere l'inclusione lavorativa delle persone disabili. Si considerano soggetti con disabilità quelli di cui all'articolo 1 della legge 12 marzo 1999, n. 68, le persone svantaggiate, quelle previste dall'articolo 4 della legge 8 novembre 1991, n. 381, gli ex degenti di ospedali psichiatrici, anche giudiziari, i soggetti in trattamento psichiatrico, i tossicodipendenti, gli alcolisti, i minori in età lavorativa in situazioni di difficoltà familiare, le persone detenute o internate negli istituti penitenziari, i condannati e gli internati ammessi alle misure alternative alla detenzione e al lavoro all'esterno ai sensi dell'articolo 21 della legge 26 luglio 1975, n. 354.

L'allegato II.3 è abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore di un corrispondente regolamento adottato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta delle Autorità delegate per le pari opportunità e per le disabilità, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, il Ministro del lavoro e delle politiche sociali, che lo sostituisce integralmente anche in qualità di allegato al codice.

Orientamenti giurisprudenziali:

(i) modalità di calcolo del 30% del personale svantaggiato.

Cons. Stato 912/2021 afferma che deve coesistere 30% del personale impiegato nella commessa e 30% dell’intero personale dell’operatore.

Se no si trasformerebbe requisito di partecipazione in requisito di esecuzione e sarebbe contrario allo spirito della legge che è anche il favor per le cooperative che utilizzano soggetti svantaggiati.

(ii) Cons. Stato 1300/2022 e CGUE 598/2021: le due condizioni previste dall’art. 20 Direttiva e art. 112 CCP (perseguimento finalità di integrazione e 30% del personale svantaggiato) sono cumulative, devono coesistere.

(iii) utilizzo dell’istituto dell’avvalimento negli appalti riservati, avvalendosi di un soggetto profit.

TAR Campania 4523/2018 e TAR Piemonte 705/2018: avvalimento è istituto generale che non ammette deroghe e l’impiego obbligatorio di persone svantaggiate non è incompatibile con l’utilizzo di risorse e requisiti di società profit.

Subappalto negli appalti riservati:

TAR Campania 1480/2021: subappalto a soggetti profit è ammesso.

Cons. Stato 1300/2022: non si pone il problema in quanto la condizione di esecuzione del 30% del personale svantaggiato può essere imposto al subappaltatore.

TAR Lombardia-Brescia 310/2022 risolve il problema per l’ipotesi in cui il bando richieda al subappaltatore gli stessi requisiti di partecipazione del concorrente, ossia la natura di ente che persegue finalità di integrazione sociale.

(iv) compatibilità di un appalto riservato con la clausola sociale.

Parere ANAC 633/2021 e Cons. Stato 1300/2022: prevale la volontà di impiegare lavoratori svantaggiati, anche perché la clausola sociale non è sempre cogente ma deve essere compatibile con l’organizzazione del soggetto che subentra.

“la clausola sociale andrà cioè applicata sempre nel rispetto dell’effettività del requisito di partecipazione alla gara, senza cioè intaccare il fatto che una parte dei lavoratori debba appartenere ad una categoria svantaggiata”.

(v) differenze tra 112 e convenzioni art. 5 L. 381/1991

TAR Campania 1480/2021: i due istituti sono diversi e i limiti dell’art. 5 non si applicano all’art. 112.

Sentenza è stata confermata in appello da Cons. Stato 1300/2022 e nello stesso senso Consiglio di Stato n. 1531/2023

In senso contrario: TAR Campania Salerno 2774/2021 e Napoli 853/2022

Linee guida ANAC n. 17 del 27/07/2022 forniscono alcune indicazioni operative sugli appalti riservati come ad esempio:

* Motivare quando si indice appalto riservato (è riferito ad art. 143 ma si può applicare cautelativamente al 112),
* Modalità computo del 30% di soggetti svantaggiati,
* Indicazione delle caratteristiche da considerare nei criteri qualitativi dell’offerta tecnica.

Art. 104 della Legge regionale 16/2017: 5% dell’importo annuale dei servizi affidati dalla Regione, ASL e enti strumentali da affidare con appalti riservati ex art. 112.

Sul punto: TAR Trento 45/2022 che disapplica norma della Provincia Autonoma similare a quella della Regione Piemonte.