

Appalti e terzo settore



STUDIO LEGALE
ASSOCIATO
MASI VITULO DIRANI
BORSARI PAGANI

Appalti e terzo settore

Avv. Marco Masi
Avv. Micaela Grandi

SOGGETTI GIURIDICI

- Disciplina fondamentale nel Codice Civile;
- Persone fisiche e persone giuridiche;
- Libro I ("Delle persone e della famiglia"): persone giuridiche con uno scopo ultimo di tipo "ideale" (associazioni, fondazioni e comitati);
- Libro V ("Del lavoro"): la società è lo strumento giuridico per l'esercizio in comune della attività d'impresa ("è *imprenditore chi esercita professionalmente una attività economica organizzata al fine della produzione e dello scambio di beni e servizi*" art. 2082 c.c.) allo scopo di dividerne gli utili (società di persone o di capitali, Titolo V) o per fini mutualistici (società cooperative, Titolo VI).



STUDIO LEGALE
ASSOCIATO
MASI VITULO DIRANI
BORSARI PAGANI

Appalti e terzo settore

Avv. Marco Masi
Avv. Micaela Grandi

Relazione al disegno di legge sull'impresa sociale

(l. 118/2005 e d.lgs 155/2006)

“Ancora oggi tutta la disciplina degli enti privati rimane circoscritta entro la rigida distinzione tracciata dal Codice Civile già dal 1942 tra enti del libro I (associazioni, fondazioni e comitati) senza fini di lucro e destinati al perseguimento di finalità etiche e/o ideali ed enti del libro V (società lucrative e cooperative) finalizzati invece alla produzione, in funzione meramente lucrativa o di mutualità interna, di beni e servizi”.



STUDIO LEGALE
ASSOCIATO
MASI VITULO DIRANI
BORSARI PAGANI

Appalti e terzo settore

Avv. Marco Masi

Avv. Micaela Grandi

Impresa sociale (ex l. 118/2005 e d.lgs 155/2006)

- enti del I libro del Codice Civile possono svolgere attività di impresa;
- società del titolo V libro V del Codice Civile possono prevedere la non divisione degli utili.



STUDIO LEGALE
ASSOCIATO
MASI VITULO DIRANI
BORSARI PAGANI

Appalti e terzo settore

Avv. Marco Masi

Avv. Micaela Grandi

Consiglio di Stato

Le fondazioni possono svolgere attività d'impresa e partecipare a pubbliche gare.

“Non v'è quindi ragione di escludere che anche soggetti economici senza scopo di lucro, quali le fondazioni, possano soddisfare i necessari requisiti ed essere qualificati come “imprenditori”, “fornitori” o “prestatori di servizi” ai sensi delle disposizioni vigenti in materia, attese la personalità giuridica che le fondazioni vantano e la loro capacità di esercitare anche attività di impresa, qualora funzionali ai loro scopi e sempre che quest'ultima possibilità trovi riscontro nella disciplina statutaria del singolo soggetto giuridico” (Consiglio di Stato VI Sezione 267/2009)



Appalti e terzo settore

Avv. Marco Masi

Avv. Micaela Grandi

I° Libro del Codice Civile

Associazione

Fondazione

Comitato

Pluralità di persone
accomunate da uno scopo
ideale comune

Patrimonio finalizzato
ad uno scopo di pubblica
utilità impresso dal/i
fondatore/i

Caratterizzato da uno scopo
di pubblica utilità occasionale
(realizzazione opera pubblica,
celebrazione ricorrenza.....)

riconosciuta

non riconosciuta

riconosciuto

non riconosciuto



Appalti e terzo settore

Avv. Marco Masi

Avv. Micaela Grandi

Associazione riconosciuta:
delle obbligazioni risponde solo
il fondo comune

Associazione non riconosciuta:
delle obbligazioni rispondono anche
le persone che hanno
agito per l'associazione

ART. 38 C.C.

ASSOCIAZIONE NON RICONOSCIUTA

*“Per le obbligazioni assunte dalle persone che rappresentano l'associazione i terzi possono fare valere i loro diritti sul fondo comune.
Delle obbligazioni rispondono anche personalmente e solidamente le persone che hanno agito in nome e per conto della associazione”.*



Appalti e terzo settore

Avv. Marco Masi
Avv. Micaela Grandi

Requisiti per il riconoscimento della personalità giuridica

- atto costitutivo e statuto per atto pubblico (art. 14 c.c.);
- un patrimonio adeguato allo scopo (art. 1 DPR 361/00): per la Regione Emilia Romagna di norma almeno 20.000 euro per le associazioni e 30.000 euro per le fondazioni (valutazione comunque discrezionale).

Procedura per il riconoscimento della personalità giuridica

(DPR 361/2000)

Regione

- se ambito attività sub-regionale e “materia” di competenza regionale;

Prefettura

- se ambito attività ultra regionale o materia non regionale”

DOMANDA

Iscrizione nel registro delle persone giuridiche (entro 120 gg)



Appalti e terzo settore

Avv. Marco Masi
Avv. Micaela Grandi

Legislatore del 1942 (Codice Civile)

- Sospetto nei confronti dei corpi intermedi (per lo Stato ottocentesco l'associazionismo rappresentava un problema di pubblica sicurezza);
- sistema concessorio per la attribuzione della personalità giuridica ai soggetti del I° libro, mentre sistema "normativo" per le società;
- autorizzazione amministrativa all'acquisto di immobili e all'accettazione di eredità e donazioni (art. 17 cc oggi abrogato);
- vigilanza della Pubblica Amministrazione.



Appalti e terzo settore

Avv. Marco Masi

Avv. Micaela Grandi

Associazioni, associazioni di volontariato, associazioni di promozione sociale

La disciplina fondamentale delle associazioni è nel Codice Civile; le associazioni di volontariato (odv) e le associazioni di promozione sociale (aps) sono tipi di associazioni disciplinati da leggi speciali (l. 266/1991 e l. 383/2000).

Associazione (riconosciuta e non riconosciuta)

Associazione di
volontariato

Associazione di
promozione sociale



Appalti e terzo settore

Avv. Marco Masi

Avv. Micaela Grandi

Associazioni: principi fondamentali

- pluralità di soci;
- porta aperta (chi ha i requisiti fissati dallo statuto ha diritto di diventare socio);
- democraticità: parità di diritti e doveri tra i soci;
- assemblea organo sovrano;
- tutti i soci hanno diritto di partecipare alla assemblea;
- decisiva volontà della maggioranza dei soci (art. 21 c.c.);
- gli amministratori sono eletti dalla assemblea;
- un decimo dei soci può convocare l'assemblea (art. 20 c.c.);
- per lo scioglimento della associazione e la devoluzione del patrimonio occorre il voto favorevole dei 3/4 dei soci.



Appalti e terzo settore

Avv. Marco Masi
Avv. Micaela Grandi

ASSOCIAZIONE

A.P.S.

O.D.V.

Fine Mutualistico

Fine Mutualistico e Solidaristico

Fine Solidaristico



Appalti e terzo settore

Avv. Marco Masi
Avv. Micaela Grandi

O.D.V. E A.P.S.

LE FONTI

Codice Civile artt. 12 e seguenti (O.D.V. e A.P.S.);

- Legge 266/91 (O.D.V.);
- Legge Regionale Emilia Romagna n. 12/2005 (O.D.V.);
- Legge n. 383 del 7/12/2000 (A.P.S);
- Legge Regionale Emilia Romagna n. 34/2002 (A.P.S);



Appalti e terzo settore

Avv. Marco Masi

Avv. Micaela Grandi

DEFINIZIONE

-O.D.V.: "Ai fini della presente legge per attività di volontariato deve intendersi quella prestata in modo personale, spontaneo e gratuito, tramite l'organizzazione di cui il volontario fa parte, senza fini di lucro anche indiretto ed **esclusivamente per fini di solidarietà**" (art. 2 legge 266/91).

-A.P.S.: "Sono considerate associazioni di promozione sociale le associazioni riconosciute e non riconosciute, i movimenti, i gruppi e i loro coordinamenti o federazioni costituiti al fine di svolgere attività di **utilità sociale a favore di associati o di terzi**, senza finalità di lucro e nel pieno rispetto della libertà e dignità degli associati" (art. 2 legge 383/2000).

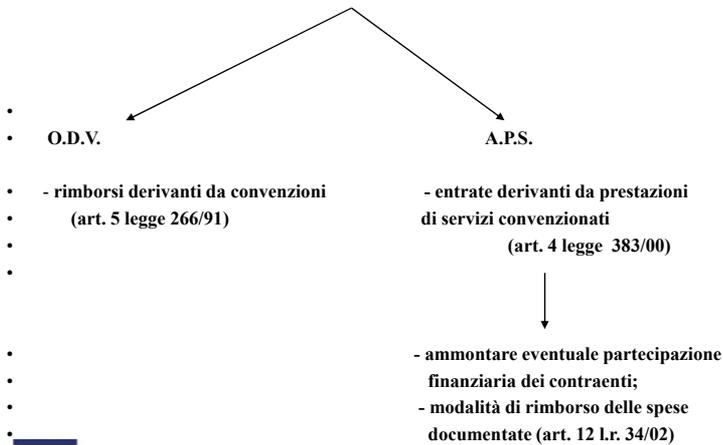


Appalti e terzo settore

Avv. Marco Masi

Avv. Micaela Grandi

ENTRATE DA CONVENZIONI



O.d.v. non onlus di diritto (art. 30 l. 2/2009)

Le odv che svolgono attività commerciali diverse da quelle marginali previste dal DM 25/2/1995 non sono onlus di diritto ex art. 60 c. 8 d.lgs 460/97.

FONDAZIONE

- tendenzialmente perpetua;
- determinante volontà del/i fondatore/i;
- ampia libertà di definizione dello statuto e della governance;
- no principio democraticità;
- costituita per atto pubblico;
- necessaria iscrizione registro persone giuridiche;
- occorre patrimonio adeguato allo scopo (almeno 30.000 euro per la Regione Emilia Romagna);
- scopo di pubblica utilità;
- soggetta alla vigilanza della Pubblica Autorità;
- non si può avvalere in via diretta di volontari.



Appalti e terzo settore

Avv. Marco Masi
Avv. Micaela Grandi

FONDAZIONE

di erogazione

di organizzazione

- distribuzione ai fini sociali delle
rendite del patrimonio;

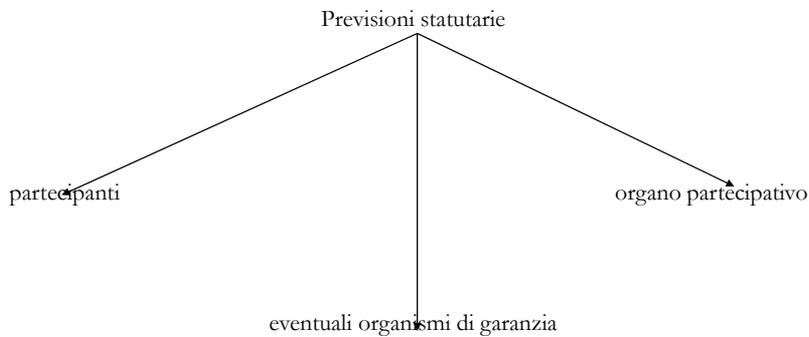
- svolgimento di attività di pubblica
utilità;



Appalti e terzo settore

Avv. Marco Masi
Avv. Micaela Grandi

FONDAZIONE DI PARTECIPAZIONE



STUDIO LEGALE
ASSOCIATO
MASI VITULO DIRANI
BORSARI PAGANI

Appalti e terzo settore

Avv. Marco Masi
Avv. Micaela Grandi

Impresa Sociale

(l. 118/2005 e d.lgs 155/2006)

“Possono acquisire la qualifica di impresa sociale tutte le organizzazioni private, ivi compresi gli enti di cui al libro V del codice civile, che esercitano in via stabile e principale **un’attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o servizi di utilità sociale**, diretta a realizzare finalità di interesse generale”.

Per attività principale si intende quella per la quale i relativi ricavi sono superiori al 70% dei ricavi complessivi.

Sono escluse dal novero delle imprese sociali: le imprese individuali gli enti pubblici nonché le organizzazioni i cui atti costitutivi limitino l’erogazione dei beni e dei servizi in favore dei soli soci.

Gli enti ecclesiastici possono acquisire la qualifica di impresa sociale limitatamente al settore di attività.



STUDIO LEGALE
ASSOCIATO
MASI VITULO DIRANI
BORSARI PAGANI

Appalti e terzo settore

Avv. Marco Masi
Avv. Micaela Grandi

Per produzione e scambio di beni e servizi di utilità sociale si intendono tassativamente quelli svolti nei settori:

- assistenza sociale;
- assistenza sanitaria e sociosanitaria;
- educazione, istruzione e formazione;
- tutela dell'ambiente e dell'ecosistema;
- valorizzazione del patrimonio culturale;
- turismo sociale;
- formazione universitaria e post universitaria;
- ricerca ed erogazione di servizi culturali;
- formazione extrascolastica finalizzata alla prevenzione della dispersione scolastica ed al successo scolastico formativo;
- servizi strumentali alle imprese sociali resi da enti composti in misura superiore al 70 % da organizzazioni che esercitano un'impresa sociale:
- inserimento lavorativo di disabili e svantaggiati.



Appalti e terzo settore

Avv. Marco Masi

Avv. Micaela Grandi

Impresa Sociale

(l. 118/2005 e d.lgs 155/2006)

- assenza di scopo di lucro da statuto (avanzi per gestione o incremento patrimonio);
- limiti alla corresponsione di compensi agli amministratori e ai dipendenti;
- enti pubblici e imprese con scopo di lucro non possono esercitare attività di direzione e detenere il controllo di una impresa sociale;
- atto costitutivo e statuto per atto pubblico;
- iscrizione nella Sezione imprese sociali del Registro delle Imprese;
- limitazione responsabilità per ile imprese sociali con patrimonio superiore ai 20.000 euro;
- obbligatorio l'uso della locuzione "impresa sociale" nella denominazione;



Appalti e terzo settore

Avv. Marco Masi

Avv. Micaela Grandi

- negli enti associativi maggioranza delle cariche sociali riservata a membri interni;
- modalità di ammissione/esclusione soci non discriminante;
- obbligatori libro giornale, libro inventari, bilancio e bilancio sociale;
- obbligo dei sindaci ove superati limiti ex art. 2435 bis c.c. ridotti della metà;
- obbligatorio prevedere forme di coinvolgimento dei lavoratori e dei destinatari delle attività;
- in caso di cessione dell'impresa il patrimonio residuo è devoluto ad Onlus ed enti non profit (eccezioni cooperative ed enti ecclesiastici);
- è ammessa la possibilità di utilizzare i volontari nel limite del 50% dei lavoratori dell'impresa;
- le imprese sociali possono ricevere contributi dalle fondazioni di origine bancaria;
- al momento non sono previste agevolazioni fiscali per le imprese sociali.



Appalti e terzo settore

Avv. Marco Masi

Avv. Micaela Grandi

Società (libro V, Titolo V Codice Civile)

Art. 2250: “Con il contratto di società due o più persone conferiscono beni o servizi per l’esercizio in comune di una attività economica allo scopo di dividerne gli utili”.

Scopo mezzo: esercizio in comune di una attività economica.

Scopo fine: fine di lucro soggettivo.

Tipi di società:
 → di capitali (spa, srl, sapa) e di persone (semplice, snc e sas);
 → con (società di capitali) o senza (società di persone)
 personalità giuridica.



Appalti e terzo settore

Avv. Marco Masi

Avv. Micaela Grandi

Società cooperative
(Libro V, Titolo VI, Codice Civile)

Art. 45, 1° comma Cost.: “La Repubblica riconosce la funzione sociale della cooperazione a carattere di mutualità e senza fini di speculazione privata. La legge ne promuove e favorisce l’incremento con i mezzi più idonei e ne assicura, con gli opportuni controlli, il carattere e le finalità”.

Art. 2511 c.c.: “Le cooperative sono società a capitale variabile con scopo mutualistico” iscritte presso l’Albo delle società cooperative (oggi solo a responsabilità limitata).

Mutualità: “fornire beni o servizi od occasioni di lavoro direttamente ai membri della organizzazione a condizioni più vantaggiose di quelle offerte dal mercato” (Relazione al Codice del 1942).



Appalti e terzo settore

Avv. Marco Masi

Avv. Micaela Grandi

Cooperative a mutualità prevalente
(artt. 2512 e seg. c.c.)

- a) svolgono la loro attività prevalentemente a favore dei soci, consumatori o utenti di beni o servizi;
- b) si avvalgono prevalentemente, nello svolgimento delle loro attività, delle prestazioni lavorative dei soci;
- c) si avvalgono prevalentemente, nello svolgimento della loro attività, degli apporti di beni o servizi da parte dei soci.

• • • •

Art. 111 septies delle norme di attuazione e transitorie del codice civile: “**Le cooperative sociali** che rispettino le norme di cui alla l. 381/91 **sono considerate, indipendentemente dai requisiti di cui all’art. 2513 cc, cooperative a mutualità prevalente**”.



Appalti e terzo settore

Avv. Marco Masi

Avv. Micaela Grandi

Requisiti statutarî per mutualità prevalente (art. 2514 cc)

Clausole di non lucratività:

- a) divieto di distribuire utili oltre interesse buoni postali aumentato di due punti e mezzo rispetto a capitale versato;
- b) divieto di remunerare gli strumenti finanziari oltre due punti in più dei dividendi;
- c) divieto di distribuire le riserve fra i soci;
- d) obbligo di devolvere il patrimonio ai fondi mutualistici in caso di scioglimento.



Appalti e terzo settore

Avv. Marco Masi
Avv. Micaela Grandi

Soci di cooperative

- almeno nove soci per la costituzione (art. 2522 cc);
- la (ex piccola) società cooperativa può avere anche solo tre soci, purchè persone fisiche (modello srl);
- ciascun socio ha un voto (art. 2538 cc);
- soci persone giuridiche: fino a cinque voti (art. 2538 cc);
- soci finanziatori (diritti patrimoniali e di amministrazione; soci sovventori e di partecipazione);
- criteri di ammissione soci (porta aperta) fissati in statuto, non discriminatori (art. 2527 cc);
- il rigetto della domanda di ammissione va motivato e comunicato all'interessato il quale può ricorrere all'assemblea;
- socio in "prova" per non più di 5 anni con diritti limitati (ad esempio no elettorato passivo)



Appalti e terzo settore

Avv. Marco Masi
Avv. Micaela Grandi

Cooperative sociali

l. 381/91 e leggi regionali

- fine mutualistico (coop), ma anche solidaristico (mutualità esterna): le sociali sono cooperative che hanno lo scopo di perseguire l'interesse generale della comunità alla promozione umana e alla integrazione sociale dei cittadini;
- coop. Sociali di tipo A: gestiscono servizi socio-sanitari ed educativi;
- coop. Sociali di tipo B: svolgono attività diverse (agricole, industriali, commerciali e di servizi) finalizzate all'inserimento lavorativo di persone svantaggiate (gli svantaggiati devono costituire almeno il 30% dei lavoratori);
- le coop. Sociali sono **Onlus di diritto** (l'attività istituzionale resta commerciale);
- soci volontari: può essere prevista la presenza di soci volontari (non oltre 50% soci):
- al volontario solo rimborso spese;
- nei contratti con la P.A. soci volontari utilizzati in misura complementare e non sostitutiva di operatori;
- le coop. Sociali di tipo B possono vedersi aggiudicati direttamente dalla P.A. appalti sotto soglia (inferiori a 193.000 euro);
- iscrizione nei registri: presso Ministero Attività Produttive Albo nazionale delle Cooperative tramite Camera di Commercio e presso la Regione (condizione per convenzioni con EELL);
- la coop sociale può iscriversi anche in altra categoria (produzione e lavoro, consumo....).



Appalti e terzo settore

Avv. Marco Masi

Avv. Micaela Grandi

Lavoro gratuito

- nel nostro ordinamento vige la presunzione di onerosità della prestazione lavorativa (art. 2094 cc; Cass. 3975/01);
- deroga “giurisprudenziale” a tale principio solo per il lavoro in famiglia (Cass. 7845/03);
- tutela legislativa solo per lavoro gratuito prestato da volontari a favore di organizzazioni di volontariato (l. 266/91), associazioni di promozione sociale (l. 383/00), cooperative sociali (l. 381/91) e imprese sociali (d.lgs 155/06).



Appalti e terzo settore

Avv. Marco Masi

Avv. Micaela Grandi

Disciplina fiscale

enti commerciali

enti non commerciali

(art. 2082 c.c. "è imprenditore chi esercita professionalmente una attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi")

(art. 2195 c.c. impresa commerciale)

"Enti pubblici e privati diversi dalle società che non hanno per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciali" (art. 73 TIUR);

- Per gli e.n.c. "non si considerano commerciali le prestazioni di servizi... rese in conformità alle finalità istituzionali... i fondi pervenuti attraverso raccolte pubbliche... i contributi corrisposti da amministrazioni pubbliche.." (Art. 143 TIUR)

- ONLUS (regime ulteriormente agevolato)



Appalti e terzo settore

Avv. Marco Masi

Avv. Micaela Grandi

Regime fiscale Onlus (art. 10 d.lgs 460/97)

SONO ONLUS DI DIRITTO: LE ORGANIZZAZIONI DI VOLONTARIATO, LE COOPERATIVE SOCIALI E LE ORGANIZZAZIONI NON GOVERNATIVE

POSSONO ESSERE ONLUS ISCRIVENDOSI ALL'ANAGARAFE ONLUS, I COMITATI, LE FONDAZIONI E LE COOPERATIVE CHE OEPRANO IN UNO DEI SEGUENTI SETTORI:

- assistenza sociale;
- assistenza sanitaria *;
- beneficenza;
- istruzione *;
- formazione *;
- sport dilettantistico *;
- tutela natura e ambiente;
- promozione cultura e arte *;
- tutela diritti civili;
- ricerca scientifica.

solo se servizi resi esclusivamente a favore di soggetti svantaggiati

GLI ENTI ECCLESIASTICI POSSONO VEDERE APPLICATO L REGIME ONLUS AD UN RAMO DI ATTIVITA'

BENEFICI FISCALI:

- attività istituzionali non commerciali ai fini IRPEG (escluse coop);
- erogazioni liberali deducibili;
- esenzioni da imposta di bollo e da tassa sulle concessioni governative;
- agevolazioni imposta di registro;
- possibili esenzioni per tributi locali.



Appalti e terzo settore

Avv. Marco Masi

Avv. Micaela Grandi

LA SUSSIDIARIETA' NELLA COSTITUZIONE

Art. 118

(come modificato dalla legge costituzionale 3/2001)

Sussidiarietà verticale

“Le funzioni amministrative sono attribuite ai Comuni, salvo che per assicurare l’esercizio unitario siano conferite a Province, Città metropolitane, Regioni e Stato, sulla base dei principi di **sussidiarietà**, differenziazione ed adeguatezza”

Sussidiarietà orizzontale

“Stato, Regioni, Città Metropolitane, Province e Comuni **favoriscono l’autonoma iniziativa dei cittadini singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà**”



Appalti e terzo settore

Avv. Marco Masi

Avv. Micaela Grandi

P.A. e servizi di interesse generale

Gestione diretta

Esternalizzazione (appalto pubblico di servizi o affidamento di servizio pubblico)

Collaborazione sussidiaria

Titolo per l’acquisto o buono



Appalti e terzo settore

Avv. Marco Masi

Avv. Micaela Grandi

ESTERNALIZZAZIONE

Appalto pubblico di servizi

- parti di servizio affidate a privati;
- onere economico a carico della P.A.;
- il privato presta il proprio servizio a favore della P.A..

Affidamento di servizio pubblico

- si utilizza anche il termine di “concessione”;
- si affida al privato l’insieme di beni e servizi;
- onere non a totale carico della P.A.;
- il privato eroga il servizio direttamente ai cittadini



STUDIO LEGALE
ASSOCIATO
MASI VITULO DIRANI
BORSARI PAGANI

Appalti e terzo settore

Avv. Marco Masi

Avv. Micaela Grandi

Una cosa è l'esternalizzazione di un servizio da parte della P.A., altra cosa è l'applicazione del principio di sussidiarietà

Esternalizzazione

- la P.A. affida ad un altro soggetto
 - la gestione di un proprio servizio o di parti di esso
- (si scindono titolarità e gestione del servizio).

collaborazione sussidiaria

- la P.A. collabora con altri soggetti che erogano prestazioni e servizi (titolarità e gestione in capo a soggetti diversi dalla PA);
- reale differenziazione tra “committente ed erogatore” se erogatore non “controllato” dal committente”.



STUDIO LEGALE
ASSOCIATO
MASI VITULO DIRANI
BORSARI PAGANI

Appalti e terzo settore

Avv. Marco Masi

Avv. Micaela Grandi

Collaborazione sussidiaria no esternalizzazione

“Quando le organizzazioni non profit svolgono servizi a titolo proprio nel quadro della sussidiarietà e della autonomia privata (ad es. perché il servizio è reso spontaneamente dall’organizzazione privata per assolvere ai propri scopi ideali), l’eventuale legame convenzionale sarà di coordinamento e non di investimento di un servizio pubblico”.

(G. Caia in “Giustizia Amministrativa.it”)



Appalti e terzo settore

Avv. Marco Masi

Avv. Micaela Grandi

Rapporto tra P.A e alcuni enti no profit

- Il legislatore (art. 7 l. 266/91; art. 5 l. 381/91; art. 30 l. 383/2000) indica nella “convenzione” lo strumento giuridico tipico del rapporto tra P.A. e enti no profit.
- La “convenzione” è il contratto tra soggetti che perseguono statutariamente finalità di interesse generale.
- La P.A. può stipulare convenzioni con cooperative sociali di tipo B, in deroga alla disciplina generale sui contratti, per creare opportunità di lavoro a favore di soggetti svantaggiati, purchè l’importo non superi la soglia comunitaria (euro 193.000) e non si tratti di servizi socio-sanitari od educativi (art. 5 l. 381/91).
- La legislazione nazionale e regionale norma in modo specifico, autonomo rispetto alla disciplina generale dei contratti della P.A., l’affidamento di servizi della P.A. a organizzazioni di volontariato o associazioni di promozione sociale.



Appalti e terzo settore

Avv. Marco Masi

Avv. Micaela Grandi

Convenzione PA/Volontariato (art. 7 l. 266/91)

- la PA può stipulare convenzioni con odv iscritte da almeno 6 mesi nei registri che dimostrino attitudine e capacità operativa;
- occorre garantire continuità nell'attività oggetto della convenzione, rispetto dei diritti dell'utenza, forme di verifica e controllo;
- l'odv deve assicurare i volontari (la copertura assicurativa è elemento essenziale della convenzione);
- gli oneri relativi alla copertura assicurativa sono a carico delle P.A.;
- la convenzione può prevedere il rimborso delle spese sostenute dalla odv da parte della PA.



STUDIO LEGALE
ASSOCIATO
MASI VITULO DIRANI
BORSARI PAGANI

Appalti e terzo settore

Avv. Marco Masi

Avv. Micaela Grandi

Art. 13 legge regionale e.r. 12/2005

Le convenzioni PA/ODV nella legge regionale 12/2005

- gli enti pubblici devono pubblicizzare la volontà di stipulare convenzioni, nelle modalità che riterranno opportune, dandone comunicazione in ogni caso a tutte le organizzazioni del loro territorio iscritte al Registro da almeno 6 mesi;
- le attività oggetto della convenzioni devono essere svolte dalle odv con l'apporto determinante e prevalente dei soci volontari;
- tra gli oneri derivanti dalle convenzioni possono essere rimborsate (art. 13 c. 3 l.r. 12/05):
 - a) le spese documentate;
 - b) una quota di spese non documentate;
 - c) le spese assicurative;
 - d) una quota parte delle spese generali della organizzazione



STUDIO LEGALE
ASSOCIATO
MASI VITULO DIRANI
BORSARI PAGANI

Appalti e terzo settore

Avv. Marco Masi

Avv. Micaela Grandi

Criteria di priorit  per le convenzioni (art. 14 l.r. 12/2005)

- a) l'esperienza maturata nell'attivit  oggetto di convenzione;
- b) il livello qualitativo in ordine agli aspetti strutturali, organizzativi ed al personale volontario, anche con riferimento a requisiti previsti dalle vigenti disposizioni;
- c) l'offerta di modalit  a carattere innovativo e/o sperimentale per lo svolgimento delle attivit  di pubblico interesse;
- d) la sede dell'organizzazione/associazione e la presenza operativa nel territorio in cui deve essere svolta l'attivit ;
- e) la definizione di piani formativi per i volontari aderenti alle organizzazioni, in coerenza con le attivit  oggetto della convenzione.



Appalti e terzo settore

Avv. Marco Masi

Avv. Micaela Grandi

Convenzioni dirette art. 14 comma 2 l.r. 12/2005

*“Qualora le attivit  da gestire in convenzione **siano proposte direttamente dalle organizzazioni di volontariato** per ragioni di utilit  pubblica o richiedano una capacit  operativa particolare, adeguata alle esigenze di pubblico interesse, gli enti..... possono stipulare **convenzioni dirette** con le organizzazioni iscritte che dimostrino un adeguato grado di capacit  ad assolvere agli impegni derivanti dalle convenzioni stesse”.*



Appalti e terzo settore

Avv. Marco Masi

Avv. Micaela Grandi

Organizzazione di volontariato (legge 266/91)

- L'odv persegue esclusivamente fini di solidarietà (può operare "solo" a favore di terzi).
- L'o.d.v. opera in virtù della prevalente attività volontaria dei propri aderenti ed eroga servizi gratuiti per i destinatari.
- Le entrate economiche di una odv sono rigorosamente previste dalla legge (entrate da quote associative, contributi, liberalità, attività commerciali marginali e rimborsi spese derivanti da convenzione).
- Per la collaborazione tra PA e odv la legge prevede lo strumento della convenzione (no corrispettivi, solo rimborsi spese).
- Per scegliere l'odv con cui collaborare la PA non deve seguire procedure ad evidenza pubblica neppure in caso di esternalizzazione di servizi.



STUDIO LEGALE
ASSOCIATO
MASI VITULO DIRANI
BORISARTI PAGANI

Appalti e terzo settore

Avv. Marco Masi

Avv. Micaela Grandi

Convenzione PA/Associazioni di promozione sociale (art. 30 l. 383/2000)

Le PA possono convenzionarsi con le APS

- per lo svolgimento di **attività verso terzi**;
- aps **iscritte** nei registri da almeno sei mesi;
- clausole per garantire continuità attività, verifica e controllo;
- le aps devono assicurare i propri aderenti (malattie, infortuni e responsabilità civile) per le attività oggetto della convenzione).
- l'onere assicurativo è a carico della PA;
- si devono prevedere le modalità di **rimborso delle spese**.



STUDIO LEGALE
ASSOCIATO
MASI VITULO DIRANI
BORISARTI PAGANI

Appalti e terzo settore

Avv. Marco Masi

Avv. Micaela Grandi

Le convenzioni tra PA e APS nella l.r. 34/2002

- Gli enti pubblici possono stipulare convenzioni con APS iscritte da almeno 6 mesi per attività di promozione sociale verso terzi (art. 12);
- la volontà di stipulare convenzioni deve essere pubblicizzata con mezzi idonei (art. 12);
- I criteri di priorità nella scelta dell'Aps con cui convenzionarsi sono simili a quelli previsti per la scelta delle odv (art. 13);
- E' previsto anche il convenzionamento diretto, qualora le attività da gestire richiedano una capacità operativa particolare (art. 13).



STUDIO LEGALE
ASSOCIATO
MASI VITULO DIRANI
BORSARI PAGANI

Appalti e terzo settore

Avv. Marco Masi

Avv. Micaela Grandi

Clausole patrimoniali delle convenzioni PA/APS (art. 12 comma 3 l.r. 34/02)

“Le convenzioni debbono precisare almeno:

- c) i costi relativi alla copertura assicurativa a carico dell'ente pubblico.....;
- d) l'ammontare dell'eventuale partecipazione finanziaria dei contraenti;
- e) le modalità di rimborso delle spese documentate”

N.B.: l'art. 30 della l. 383/00 prevede che le convenzioni disciplinino “le modalità di rimborso delle spese” e l'art. 4 prevede le “entrate derivanti da prestazioni di servizi convenzionati”.



STUDIO LEGALE
ASSOCIATO
MASI VITULO DIRANI
BORSARI PAGANI

Appalti e terzo settore

Avv. Marco Masi

Avv. Micaela Grandi

CONVENZIONI P.A. / A.P.S.

Se previsto solo rimborso spese:

- non procedere ad evidenza pubblica per scelta del contraente privato;
- l'ente pubblico si impegna a rimborsare le spese sostenute fino ad una cifra massima predeterminata;
- il rimborso deve essere condizionato alla acquisizione della documentazione comprovante le spese sostenute (no rimborso forfettario);
- convenzione solo con rimborso spese: contratto a prestazioni corrispettive non oneroso.



Appalti e terzo settore

Avv. Marco Masi

Avv. Micaela Grandi

SISTEMI ALTERNATIVI

Economico concorrenziale

Fiduciario solidaristico

Procedura ad evidenza pubblica

Convenzione

Anche nell'ipotesi di affidamento di servizi se la P.A. si rivolge ad o.d.v. o ad a.p.s. e si limita a rimborsare le spese sostenute per la gestione del servizio effettuata in prevalenza da volontari,

non è tenuta ad applicare le norme sulle procedure ad evidenza pubblica per l'aggiudicazione degli appalti.



Appalti e terzo settore

Avv. Marco Masi

Avv. Micaela Grandi

Può una Odv partecipare ad una gara d'appalto?

ART. 2082 c.c. Nozione di Imprenditore

E' imprenditore chi esercita professionalmente una attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o servizi

ART. 1655 Nozione di contratto d'appalto

L'appalto è il contratto col quale una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in danaro.



Appalti e terzo settore

Avv. Marco Masi

Avv. Micaela Grandi

Corte di Giustizia CE

(sentenza 1/07/2008, causa C-49/07, sentenza 18/12/2007 procedimento C-357/09 e sentenza 29/11/2007, procedimento C-119/06)

La Corte di Giustizia fornisce una nuova nozione di impresa, diversa e più ampia di quella precedente:

E' attività di impresa qualsiasi attività di natura economica tale da poter ridurre anche solamente in potenza, la concorrenza sul mercato prescindendo, quindi, dalla qualifica formale del soggetto che la svolge e dalle sue modalità di finanziamento.

Sono imprese tutti i soggetti, comunque strutturati ed organizzati, che compiano atti a contenuto economico idonei a restringere la concorrenza.

L'assenza di fine di lucro non esclude che un soggetto giuridico che esercita un'attività economica possa essere considerato impresa poiché il carattere imprenditoriale va escluso SOLO nel caso in cui l'attività sia svolta in modo del tutto gratuito.

Conseguenze:

- soggetti economici senza scopo di lucro possono essere qualificati come "imprenditori"
- l'elencazione dell'art. 34 D. Lgs. 163/2006 non è tassativa.



Appalti e terzo settore

Avv. Marco Masi

Avv. Micaela Grandi

Consiglio di Stato sentenza n. 5956 del 26/08/2010

“Anche di recente, con sentenza della Corte di Giustizia CE sez. IV 23 dicembre 2009 . C 305/08, è stato ribadito che le disposizioni della direttiva 2004/08 devono essere interpretate “nel senso che consentono a soggetti che non perseguono preminente scopo di lucro, non dispongono della struttura organizzativa di un'impresa e non assicurano una presenza regolare sul mercato... di partecipare ad un appalto pubblico di servizi” e che tale direttiva osta all'interpretazione di una normativa nazionale che vieti a soggetti che “non perseguono preminente scopo di lucro di partecipare ad una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico”.

Pertanto, l'assenza di fini di lucro non esclude che le associazioni di volontariato possano esercitare un'attività economica, né rileva la carenza di iscrizione alla Camera di Commercio o al registro delle imprese, che non costituiscono requisito indefettibile di partecipazione alle gare di appalto (C.S. 4236/09) né, nella fattispecie, ciò era espressamente stabilito dalle norme di gara”.



Appalti e terzo settore

Avv. Marco Masi

Avv. Micaela Grandi

Pertanto, per il panorama giurisprudenziale delineatosi,

una Organizzazione di Volontariato può partecipare ad una procedura ed evidenza pubblica

però, la partecipazione comporta due conseguenze da un punto di vista giuridico e da un punto di vista fiscale:

- 1) la O.d.V. partecipando alla procedura ad evidenza pubblica dovrebbe necessariamente perdere la qualifica di Organizzazione di Volontariato poiché il sistema economico - concorrenziale tipico delle procedure di gara è incompatibile con la natura fiduciaria - solidaristica che caratterizza le Organizzazioni di Volontariato.
- 2) la O.d.V. perderebbe sicuramente i benefici fiscali



Appalti e terzo settore

Avv. Marco Masi

Avv. Micaela Grandi

Principi comunitari e nazionali



Appalti e terzo settore

Avv. Marco Masi

Avv. Micaela Grandi

- Trattato UE

Principi di **libera circolazione delle merci**, libertà di stabilimento, libera prestazione dei servizi, parità di trattamento, non discriminazione, **libera concorrenza**.

- Considerando n. II Direttiva 2004/18/Ce

L'aggiudicazione degli appalti (...) è subordinata al rispetto dei principi del Trattato ed in particolare ai principi della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, nonché ai principi che ne derivano, quali i principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di riconoscimento reciproco, di proporzionalità e di trasparenza.

- Art. 2 Direttiva 2004/18/Ce

Le Amministrazioni aggiudicatrici trattano gli operatori economici su un piano di parità, in modo non discriminatorio e agiscono con trasparenza.



Appalti e terzo settore

Avv. Marco Masi

Avv. Micaela Grandi

- Art. 97, c. 1, Costituzione

I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione.

Tale principio si declina, nelle procedure di gara, nel rispetto di criteri di efficienza e di efficacia, e quindi nell'apprestamento di procedure improntate a tempestività, trasparenza e correttezza, nel rispetto del diritto comunitario e della libera concorrenza tra gli operatori (come prevedeva l'art. 1 L. 109/94)



Appalti e terzo settore

Avv. Marco Masi

Avv. Micaela Grandi

- Art. 2, c. 1, D. Lgs. 163/2006

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.



Appalti e terzo settore

Avv. Marco Masi

Avv. Micaela Grandi

Allo stesso tempo, il legislatore comunitario e nazionale afferma anche la necessità di rispettare altri principi

▪ **Considerando n. V Direttiva 2004/18/Ce**

“Le amministrazioni aggiudicatrici possono contribuire alla tutela dell’ambiente e alla **promozione dello sviluppo sostenibile** garantendo loro al tempo stesso di poter ottenere per i loro appalti il miglior rapporto qualità prezzo”

Lo sviluppo sostenibile è un concetto che coniuga la crescita economica, il progresso sociale e il rispetto dell’ambiente

▪ **Considerando n. XXVIII Direttiva 2004/18/CE**

“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 lavoratori protetti ed i programmi di lavoro protetti contribuiscono efficacemente a promuovere l’integrazione o la reintegrazione dei disabili nel mercato del lavoro. Tuttavia detti lavoratori potrebbero non essere in grado di ottenere 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 lavoratori o riservarne l’esecuzione degli appalti nel contesto di programmi di lavoro protetti.”



Appalti e terzo settore

Avv. Marco Masi

Avv. Micaela Grandi

Allo stesso tempo, il legislatore comunitario e nazionale afferma anche la necessità di rispettare altri principi

▪ **Comunicazione Commissione Europea 11/03/1998 e 15/10/2001**

Afferma la necessità di integrare aspetti sociali negli appalti pubblici e riconosce espressamente che la politica degli appalti pubblici oltre a garantire “la realizzazione della libera circolazione delle merci nonché la realizzazione di una libertà di stabilimento e di una libera prestazione dei servizi (...) può essere attuata perseguendo, al contempo, altri obiettivi, tra cui quelli che attengono alla politica sociale” tenuto conto che “la politica sociale ha svolto un ruolo fondamentale nella costruzione della potenza economica dell’Europa grazie all’elaborazione di un modello sociale unico nel suo genere”



Appalti e terzo settore

Avv. Marco Masi

Avv. Micaela Grandi

Allo stesso tempo, il legislatore comunitario e nazionale afferma anche la necessità di rispettare altri principi

- **Art. 3 Costituzione**

Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge. E' compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese.

- **Art. 41 Costituzione**

L'iniziativa economica è libera.

Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danni alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana.

La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali



Appalti e terzo settore

Avv. Marco Masi

Avv. Micaela Grandi

- Art. 2, c. 2, D. Lgs. 163/2006

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.

Si può quindi affermare che per il legislatore ha attribuito alle "esigenze sociali" un ruolo primario da rispettare e perseguire tanto quanto i principi di libera concorrenza (e agli altri in precedenza citati).

Adirittura il legislatore ritiene che, in taluni casi, l'economicità di una prestazione possa essere subordinata alle esigenze sociali (che, quindi, possono addirittura prevalere) poiché, ai sensi dell'art. 41 Cost. e art. 2 D. Lgs. 163/2006, possono essere posti limiti alla libera iniziativa economica per perseguire fini di utilità sociale o per salvaguardare la libertà e la dignità delle persone



Appalti e terzo settore

Avv. Marco Masi

Avv. Micaela Grandi

L'ACCREDITAMENTO

Art. 38 Legge Regionale Emilia Romagna n. 2/2003 (come mod. da L.R.E.R. 20/2005)

Erogazione dei servizi mediante accreditamento

1. Per l'erogazione dei servizi sociali, socio-assistenziali e socio-sanitari, caratterizzati da un finanziamento pubblico prevalente, da scopi solidaristici, da bisogni di cura e dall'adeguatezza, dalla flessibilità e dalla personalizzazione degli interventi, le Amministrazioni competenti si avvalgono delle strutture e dei servizi gestiti nelle forme previste dalla normativa sui servizi pubblici locali e delle Aziende pubbliche di servizi alla persona, nonché dei soggetti privati.
2. La gestione dei servizi di cui al comma 1 è comunque subordinata al rilascio dell'autorizzazione e dell'accREDITAMENTO, nonché alla stipulazione di appositi contratti di servizio tra le Amministrazioni competenti ed i soggetti gestori, aventi ad oggetto la regolamentazione complessiva degli interventi.
3. (...)
4. All'accREDITAMENTO provvedono i Comuni referenti per l'ambito distrettuale. L'accREDITAMENTO è rilasciato nell'ambito del fabbisogno di servizi indicato dalla programmazione regionale e territoriale. Nelle procedure di accREDITAMENTO, i Comuni referenti si attengono a criteri di non discriminazione, pubblicità e trasparenza, garantendo la coerenza dei provvedimenti adottati con quanto indicato negli atti di programmazione



STUDIO LEGALE
ASSOCIATO
MASI VITULO DIRANI
BORIARI PAGANI

Appalti e terzo settore

Avv. Marco Masi

Avv. Micaela Grandi

Alcune norme del D. Lgs. 163/2006



STUDIO LEGALE
ASSOCIATO
MASI VITULO DIRANI
BORIARI PAGANI

Appalti e terzo settore

Avv. Marco Masi

Avv. Micaela Grandi

Le procedure (art. 54 e ss)

Procedure generali e ordinarie

- Procedura aperta (ex pubblico incanto)
- Procedura ristretta (da preferirsi quando il contratto non ha per oggetto la sola esecuzione o quando il criterio di aggiudicazione è l'offerta economicamente più vantaggiosa) (ex licitazione privata)

Procedure speciali

(ammesse solo in presenza dei presupposti sostanziali e nel rispetto delle regole procedurali fissate dal Codice)

- Dialogo competitivo (per gli appalti particolarmente complessi)
- Procedure negoziate, con o senza pubblicazione del bando (ex trattativa privata)



Appalti e terzo settore

Avv. Marco Masi
Avv. Micaela Grandi

In forza del principio espresso nell'art. 2, c. 2, D. Lgs. 163/2006 il Codice Appalti prevede alcune deroghe all'applicazione delle disciplina sugli appalti pubblici in considerazione della qualità dei soggetti affidatari o degli aspetti sociali dell'attività oggetto di appalto.



Appalti e terzo settore

Avv. Marco Masi
Avv. Micaela Grandi

Art. 52 D. Lgs. 163/2006 (Appalti riservati)



STUDIO LEGALE
ASSOCIATO
MASI VITULO DIRANI
BORSARI PAGANI

Appalti e terzo settore

Avv. Marco Masi

Avv. Micaela Grandi

*“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”.*



STUDIO LEGALE
ASSOCIATO
MASI VITULO DIRANI
BORSARI PAGANI

Appalti e terzo settore

Avv. Marco Masi

Avv. Micaela Grandi

Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi, forniture

Parere 8 luglio 2010 (conforme alla precedente Determinazione n. 2/2008)

Possono essere riconosciuti “laboratori protetti” 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 una 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 una attività professionale in condizioni normali.

Con riferimento alle cooperative sociali di tipo B, l'Autorità ha precisato che le due figure – laboratorio protetto e cooperativa sociale – non coincidono, ma le cooperative sociali possono accreditarsi quale laboratorio protetto e, quindi, avvalersi della riserva di cui all'art. 52, a condizione che posseggano i requisiti sopra individuati



Appalti e terzo settore

Avv. Marco Masi

Avv. Micaela Grandi

Allegato II B D. Lgs. 163/2006



Appalti e terzo settore

Avv. Marco Masi

Avv. Micaela Grandi

Allegato II B

- categoria 24 servizi relativi all'istruzione, anche professionale
- categoria 25 servizi sanitari e sociali
- categoria 26 servizi ricreativi, culturali e sportivi



Appalti e terzo settore

Avv. Marco Masi

Avv. Micaela Grandi

Art. 20. D. Lgs. 163/2006

Appalti di servizi elencati nell'allegato II B.

1. L'aggiudicazione degli appalti aventi per oggetto i servizi elencati nell'allegato II B è disciplinata esclusivamente dall'articolo **68** (specifiche tecniche), dall'articolo **65** (avviso sui risultati della procedura di affidamento), dall'articolo **225** (avvisi relativi agli appalti aggiudicati).
2. Gli appalti di servizi elencati nell'allegato II A sono soggetti alle disposizioni del presente codice.



Appalti e terzo settore

Avv. Marco Masi

Avv. Micaela Grandi

Art 68. Specifiche tecniche

Le specifiche tecniche definiscono le caratteristiche tecniche di un prodotto o servizio e individuano, quindi, l'oggetto contrattuale.

Figurano nei documenti del contratto, quali il **bando di gara, il capitolato d'oneri o i documenti complementari.**

Ogniquale sia possibile dette specifiche tecniche devono essere definite in modo da tenere conto dei criteri di accessibilità per i soggetti disabili, di una progettazione adeguata per tutti gli utenti, della tutela ambientale.

Le specifiche tecniche devono consentire **pari accesso** agli offerenti e non devono comportare la creazione di ostacoli ingiustificati all'apertura dei contratti pubblici alla concorrenza.

Ciascun riferimento deve contenere la menzione «**o equivalente**» in tal caso le stazioni appaltanti non possono respingere un'offerta per il motivo che i prodotti e i servizi offerti non sono conformi alle specifiche alle quali hanno fatto riferimento, se nella propria offerta l'offerente prova in modo ritenuto soddisfacente dalle stazioni appaltanti, con qualsiasi mezzo appropriato, che le soluzioni da lui proposte ottemperano in maniera equivalente ai requisiti definiti dalle specifiche tecniche.



STUDIO LEGALE
ASSOCIATO
MASI VITULO DIRANI
BORSARI PAGANI

Appalti e terzo settore

Avv. Marco Masi

Avv. Micaela Grandi

Art. 68. Specifiche tecniche

A meno di non essere giustificate dall'oggetto dell'appalto, le specifiche tecniche non possono menzionare una fabbricazione o provenienza determinata o un procedimento particolare né far riferimento a un marchio, a un brevetto o a un tipo, a un'origine o a una produzione specifica che avrebbero come effetto di favorire o eliminare talune imprese o taluni prodotti. Tale menzione o riferimento sono autorizzati, in via eccezionale, nel caso in cui una descrizione sufficientemente precisa e intelligibile dell'oggetto dell'appalto non sia possibile applicando i commi 3 e 4, a condizione che siano accompagnati dall'espressione «o equivalente».

▪ **Artt. 65 e 225 Avviso sui risultati della procedura di affidamento (Avviso di postinformazione)**

Le stazioni appaltanti che hanno aggiudicato un contratto pubblico o concluso un accordo quadro inviano un avviso secondo le modalità di pubblicazione di cui all'articolo 66, conforme all'allegato IX A, punto 5, relativo ai risultati della procedura di aggiudicazione, entro quarantotto giorni dall'aggiudicazione del contratto o dalla conclusione dell'accordo quadro.

Nel caso degli appalti pubblici di servizi elencati nell'allegato II B, le stazioni appaltanti indicano nell'avviso se acconsentono o meno alla sua pubblicazione.



STUDIO LEGALE
ASSOCIATO
MASI VITULO DIRANI
BORSARI PAGANI

Appalti e terzo settore

Avv. Marco Masi

Avv. Micaela Grandi

▪ **Art. 27. Principi relativi ai contratti esclusi .**

1. L'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi forniture, esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione oggettiva del presente codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità. L'affidamento deve essere preceduto da invito ad almeno cinque concorrenti, se compatibile con l'oggetto del contratto.
2. Si applica altresì l'articolo 2, commi 2, 3 e 4.
3. Le amministrazioni aggiudicatrici stabiliscono se è ammesso o meno il subappalto, e, in caso affermativo, le relative condizioni di ammissibilità. Se le amministrazioni aggiudicatrici consentono il subappalto, si applica l'articolo 118.

In conclusione

Agli appalti di servizi indicati nell'Allegato II B si applicano i principi generali e poche altre norme ma non sussiste alcun obbligo di procedura.

Inserimento di clausole sociali



Appalti e terzo settore

Avv. Marco Masi

Avv. Micaela Grandi

Le c.d. clausole sociali sono clausole a disposizione della P.A. per orientare il mercato verso comportamenti socialmente più responsabili, per realizzare obiettivi sociali nelle procedure di aggiudicazione dei contratti pubblici

I già citati artt. 2 e 52 del D. Lgs.163/2006 sono clausole sociali

Le clausole sociali possono riguardare varie fasi della procedura:

- a) Definizione dell'oggetto dell'appalto e la determinazione delle specifiche tecniche
- b) Aggiudicazione dell'appalto
- c) Esecuzione dell'appalto



Appalti e terzo settore

Avv. Marco Masi

Avv. Micaela Grandi

a) Definizione dell'oggetto dell'appalto e determinazione delle specifiche tecniche

Ciascuna 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.

L'art. 68 (specifiche tecniche) , poi, consente di prescrivere specifiche tecniche atte a delimitare con maggior precisione l'oggetto del futuro contratto.

Art. 68, c. 1, seconda parte "Ogniqualvolta sia possibile dette specifiche tecniche devono essere definite in modo da tenere conto dei criteri di accessibilità per i soggetti disabili, di una progettazione adeguata per tutti gli utenti, della tutela ambientale"



Appalti e terzo settore

Avv. Marco Masi

Avv. Micaela Grandi

b) Aggiudicazione dell'appalto

Artt. 81 e 83

E' considerata una clausola sociale prevedere quale criterio di aggiudicazione quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa (in luogo di quello del prezzo più basso) privilegiando la qualità rispetto al prezzo e valorizzando nei punti per la qualità alcuni aspetti sociali



Appalti e terzo settore

Avv. Marco Masi

Avv. Micaela Grandi

c) Esecuzione dell'appalto

Art. 69 Condizioni particolari di esecuzione del contratto prescritte nel bando o nell'invito.

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'onori.
2. **Dette condizioni possono attenerne, in particolare, a esigenze sociali o ambientali.**



STUDIO LEGALE
ASSOCIATO
MASI VITULO DIRANI
BORSARI PAGANI

Appalti e terzo settore

Avv. Marco Masi

Avv. Micaela Grandi

Clausola sociale *ante litteram* relativa all'esecuzione dell'appalto

Art. 5, c. 4, L. 381/1991 (per le cooperative sociali di tipo b)

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



STUDIO LEGALE
ASSOCIATO
MASI VITULO DIRANI
BORSARI PAGANI

Appalti e terzo settore

Avv. Marco Masi

Avv. Micaela Grandi

Art. 5 L. 381/1991



STUDIO LEGALE
ASSOCIATO
MASI VITULO DIRANI
BORSARI PAGANI

Appalti e terzo settore

Avv. Marco Masi

Avv. Micaela Grandi

ARTICOLO 5 L. 381/1991

- La norma prevede, a determinate condizioni, la possibilità per gli enti pubblici di stipulare convenzioni con le cooperative sociali di tipo b), in deroga alla disciplina del D. Lgs. 163/2006.
- Ratio: perseguire con la convenzione l'interesse pubblico volto alla creazione di opportunità di lavoro per le persone svantaggiate, interesse istituzionale dell'ente pubblico e della stessa cooperativa sociale
- Per tale motivo il legislatore consente una **deroga al principio della libera concorrenza**



STUDIO LEGALE
ASSOCIATO
MASI VITULO DIRANI
BORSARI PAGANI

Appalti e terzo settore

Avv. Marco Masi

Avv. Micaela Grandi

- DUE IPOTESI

- A) L'ente pubblico può stipulare direttamente con una cooperativa sociale di tipo b) una convenzione
- B) L'ente pubblico può avviare una procedura comparativa riservata solo alle cooperative sociali di tipo b).

In tal caso avvia una procedura di gara che, però, non dovrà rispettare le norme del D. Lgs. 163/2006 – trattandosi comunque di fattispecie derogatoria – bensì unicamente i principi di buona amministrazione, economicità, efficacia e trasparenza (Trattato Ue)



Appalti e terzo settore

Avv. Marco Masi

Avv. Micaela Grandi

REQUISITI NORMATIVAMENTE RICHIESTI

- **Natura giuridica del soggetto** che stipula la convenzione
 - Cooperative sociali di tipo b)
 - Consorzi di cooperative sociali
Iscritte nell'albo regionale
 - Analoghi organismi aventi sede negli altri Stati membri della Comunità Europea in possesso di requisiti equivalenti a quelli previsti per l'iscrizione nell'albo regionale



Appalti e terzo settore

Avv. Marco Masi

Avv. Micaela Grandi

- **Attività** oggetto della convenzione

La convenzione deve essere finalizzata alla creazione di opportunità di lavoro per le persone svantaggiate e deve avere ad oggetto la fornitura di beni e servizi diversi da quelli socio – sanitari ed educativi

La convenzione in parola non può riguardare l'esecuzione di lavori, stante il dato testuale della norma.



Appalti e terzo settore

Avv. Marco Masi

Avv. Micaela Grandi

- Sull'oggetto della convenzione
- Tar Lombardia, Brescia sentenza n. 827/2011 distingue tra "fornitura di servizio" e "servizio pubblico locale"

"Il servizio oggetto di affidamento deve essere qualificato come "servizio pubblico locale", rivolto all'esterno in quanto diretto a soddisfare i bisogni dell'intera collettività. Tale qualificazione comporta l'impossibilità di applicare la norma speciale (art. 5 L. 381/1991) ora richiamata, la quale limita l'operare della deroga alle garanzie della gara pubblica, ai fini dell'affidamento del servizio, al solo caso in cui l'ente pubblico debba acquistare beni e servizi in proprio favore e non anche affidare a soggetti diversi lo svolgimento di servizi destinati ai terzi".

In altra fattispecie (servizio di scuolabus) è stato ribadito che l'art. 5 comma 1 della L. 381/91, in base alla sua formulazione, non consente di utilizzare le convenzioni ivi previste per l'affidamento di servizi pubblici locali".



Appalti e terzo settore

Avv. Marco Masi

Avv. Micaela Grandi

- Sul citato orientamento giurisprudenziale si osserva che

L'art. 5 L. 381/1991 individua quale unica ed espressa eccezione al modulo convenzionale il settore dei servizi socio-sanitari educativi, senza alcun riferimento ai servizi pubblici locali (*principio ubi lex voluit dixit ubi noluit tacuit*)



Appalti e terzo settore

Avv. Marco Masi
Avv. Micaela Grandi

- Articolo 3, c. 10, D. Lgs. 163/2006

Gli «appalti pubblici di servizi» sono appalti pubblici diversi dagli appalti pubblici di lavori o di forniture, aventi per oggetto la prestazione dei servizi di cui all'allegato II

- Articolo 3, c. 12, D. Lgs. 163/2006

La «concessione di servizi» è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo, in conformità all'articolo 30



Appalti e terzo settore

Avv. Marco Masi
Avv. Micaela Grandi

In ogni caso, le cooperative sociali di tipo b) possono continuare ad operare nel settore dei servizi pubblici locali con i seguenti strumenti:

- Nel caso di specie si trattava di un affidamento diretto ad una cooperativa sociale e non di un affidamento in seguito a procedura comparativa riservata alle cooperative sociali di tipo b)
- Affidamenti in economia (forma di concorrenzialità minima) art. 125
- Inserimento di clausole sociali



STUDIO LEGALE
ASSOCIATO
MASI VITULO DIRANI
BORSARI PAGANI

Appalti e terzo settore

Avv. Marco Masi

Avv. Micaela Grandi

▪ **Limiti di importo** (soglie comunitarie)

La convenzione è possibile solo per importi inferiori alle soglie comunitarie, quindi

125.000 per gli appalti pubblici di forniture e di servizi aggiudicati dalle amministrazioni aggiudicatrici che sono autorità governative centrali indicate nell'allegato IV

193.000 per gli appalti pubblici di forniture e di servizi aggiudicati da stazioni appaltanti diverse da quelle indicate nell'allegato IV e per gli appalti pubblici di servizi, aggiudicati da una qualsivoglia stazione appaltante, aventi per oggetto determinati servizi (categoria 8 e 5 Allegato II A, e All. II B)

L'importo della convenzione deve essere calcolato ex art. 29 D. Lgs.

163/2006, pertanto:

- va calcolato al netto dell'iva
- divieto di artificioso frazionamento (c. 4)



STUDIO LEGALE
ASSOCIATO
MASI VITULO DIRANI
BORSARI PAGANI

Appalti e terzo settore

Avv. Marco Masi

Avv. Micaela Grandi

Sul divieto di artificioso frazionamento

Tar Lazio sentenza n. 11093/2008

Caso: Inail aveva siglato due convenzioni – una di seguito all'altra – con una cooperativa sociale per un identico servizio.

“I due periodi non possono essere valutati disgiuntamente perchè inerenti al medesimo servizio; perchè svolti senza soluzione di continuità per periodi brevi e ravvicinati tra loro tali da rendere di difficile comprensione l'insorgenza di **valutazioni nuove atte a giustificare una proroga dell'affidamento iniziale.**

Una diversa opinione comporterebbe la facile elusione del predetto articolo 5, atteso che sarebbe sufficiente, come nell'ipotesi in esame, frazionare l'importo complessivo in più importi parziali relativi alle prestazioni connesse al servizio che si vuole dare in affidamento diretto e togliere, in tal modo, qualunque vitalità al limite di importo stabilito nella norma prima detta al fine dell'operatività dell'eccezione in essa contenuta.

Occorre, dunque, una congrua motivazione atta a dimostrare la funzionalità e la rispondenza al pubblico interesse



Appalti e terzo settore

Avv. Marco Masi

Avv. Micaela Grandi

Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici parere precontenzioso n. 38/2009 (successivamente in tal senso anche Tar Lazio 17762/2010)

Ha ritenuto legittimo un bando di gara riservato alle coop. sociali di tipo b) ex art. 5 L. 381/91 per del servizio di manutenzione stabili, verde pubblico, strutture, impianti ed aree comunali che vietava il ricorso all'istituto dell'avvalimento (art. 49 D. Lgs. 163/2006)

L'Autorità ha ritenuto legittima la deroga alla disciplina generale in materia di contratti pubblici, non solo perché normativamente prevista dall'art. 5 "ma anche tenuto conto della *ratio* della deroga stessa che, secondo un pacifico orientamento, va individuata nella immediata finalizzazione delle convenzioni stipulate ai sensi della normativa nazionale e regionale sulle cooperative sociali a creare opportunità di lavoro per persone socialmente svantaggiate e, dunque, nella finalità di interesse generale di favorire l'inserimento nel mercato del lavoro di soggetti a rischio di esclusione sociale".



Appalti e terzo settore

Avv. Marco Masi

Avv. Micaela Grandi

- In questa ottica diviene, pertanto, coesistente alla legittima applicazione della suddetta normativa speciale l'effettivo utilizzo di persone socialmente svantaggiate delle stesse cooperative convenzionate nella realizzazione dei servizi affidati dalle amministrazioni pubbliche, nel rispetto di un progetto di inserimento negoziato con le amministrazioni stesse.
- Conseguentemente, se, come nel caso di specie, l'affidamento del servizio avviene in applicazione della richiamata disciplina derogatoria sulle cooperative sociali, l'avvalimento dei requisiti tecnico-organizzativi - in particolare dei servizi analoghi già svolti - di un altro soggetto imprenditoriale, anche se solo parziale, trattandosi di requisiti maturati con l'impiego di dipendenti dell'impresa ausiliaria che non hanno le caratteristiche delle persone svantaggiate individuate dalla normativa di settore, falserebbe la selezione comparativa, frustrando la finalità solidaristica sottesa alla disciplina in esame, su cui si fonda la deroga alla disciplina ordinaria degli appalti di servizi.



STUDIO LEGALE
ASSOCIATO
MASI VITULO DIRANI
BORSARI PAGANI

Appalti e terzo settore

Avv. Marco Masi

Avv. Micaela Grandi

Tar Lazio 17762/2010

- La ricorrente sostiene che nelle gare “sotto soglia” riservate – in via eccezionale – alle cooperative sociali, l'istituto dell'avvalimento non possa essere utilizzato ove esso si risolva nella possibilità di usufruire dei requisiti di società di capitali, non ricomprese nel novero delle cooperative sociali.
- La censura è fondata, in quanto:
 - a) in punto di fatto, il Consorzio controinteressato ha dichiarato di avvalersi della Società La Pultrice s.r.l. sia per i requisiti di capacità finanziaria ed economica sia per quelli di capacità tecnica;
 - b) in punto di diritto, è evidente:
 - - che, ove si consentisse alle cooperative sociali di partecipare tramite tale forma di avvalimento agli appalti ad esse riservati, ne risulterebbe alterata la par condicio del relativo settore, con conseguente rilevante pregiudizio dello stesso imparziale perseguimento delle finalità sociali e solidaristiche perseguite, nel senso che non sarebbe garantita “ex ante” una uniforme possibilità di ampliamento delle possibilità partecipative alle gare;
 - - che nella specie **il bando di gara risulta illegittimo nella parte in cui non prevede un espresso divieto di tale forma di avvalimento.**



STUDIO LEGALE
ASSOCIATO
MASI VITULO DIRANI
BORSARI PAGANI

Appalti e terzo settore

Avv. Marco Masi

Avv. Micaela Grandi



Rinnovo e proroga dei contratti



Appalti e terzo settore

Avv. Marco Masi
Avv. Micaela Grandi

- Rinnovo: nuova negoziazione con il medesimo soggetto, ossia un rinnovato esercizio della volontà contrattuale che origina un rapporto giuridico nuovo rispetto a quello originario, ma con il medesimo contenuto, con la sola eccezione della eventuale rideterminazione del prezzo
- Norme succedutesi nel tempo:
 - Art. 6, c. 2, L. 537/1993 (Finanziaria '94) vietava il rinnovo tacito
 - Art. 44 L. 724/1994 (Finanziaria '95) (aggiunge il secondo periodo all'art. 6, c. 2, L. 537/93) prevedeva il rinnovo espresso a determinate condizioni (entro tre mesi dalla scadenza, per ragioni di convenienza e di pubblico interesse)
 - Art. 23, c. 1, L. 62/2005 (Comunitaria del 2004) e art. 256 D. Lgs. 163/2006 hanno soppresso l'art. 6 L. 537/1994



Appalti e terzo settore

Avv. Marco Masi
Avv. Micaela Grandi

Tesi favorevole al rinnovo

(Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici del 183/2007; Tar Lazio 1786/2006; 1064/2006; 13406/2005)

- l'art. 23 L. 62/2005 non ha inteso espungere dell'ordinamento l'istituto del rinnovo ma censurare unicamente il rinnovo come previsto dall'ordinamento italiano,
- nessuna norma vieta espressamente il rinnovo
- Art 29, c. 1 e 10, D. Lgs. 163/2006 (metodi di calcolo del valore stimato dei contratti pubblici)
- Allegato IX A, D. Lgs. 163/2006 (informazioni che devono figurare nei bandi di gara)



Appalti e terzo settore

Avv. Marco Masi

Avv. Micaela Grandi

Tesi contraria al rinnovo

(Cons. St., sez. V, n. 2882 dell'11/05/2009, sez. IV, sentenza n. 2866 del 31/05/2007; Cons. St. sez. I, parere n. 3260 del 12/10/2005; Cons. St., sez. IV, sentenza n. 6460, 6462 e 6458 del 31/10/2006; Tar Sicilia Catania, sez. III, n. 1086 del 22/06/2007; Tar Campania, Napoli, sez. I, n. 4063 del 18/04/2007)

- L'art. 23 L. 62/2005, come si ricava dalla relazione ill. e dalla collocazione sistematica della norma è finalizzata all'archiviazione di una procedura di infrazione comunitaria avente ad oggetto la previsione nazionale della facoltà di rinnovo ritenuta incompatibile con gli artt. 11, 15 e 17 dir 92/50/cee per i servizi e art. 6 e 9 dir. 93/36/ce per forniture, i principi di libertà di stabilimento e prestazione dei servizi di cui agli artt. 43 e 49 Trattato Ce nonché con il principio di tutela della concorrenza nell'affidamento degli appalti pubblici, divieto di discriminazione e trasparenza come risulta dalla relazione illustrativa (risoluzione e archiviazione di una procedura di infrazione comunitaria della Commissione Europea n. 2003/2110)
- Quindi l'esegesi applicativa della norma deve essere coerente con la ratio, pertanto non si può ridurre la portata precettiva del divieto di rinnovo con indebite eccezioni perché si finirebbe per vanificare la palese intenzione del legislatore. L'istituto del rinnovo deve ritenersi espunto dall'ordinamento.



Appalti e terzo settore

Avv. Marco Masi

Avv. Micaela Grandi

- In luogo del rinnovo, nel nostro ordinamento è presente l'**istituto del riaffidamento** (procedura negoziata ex art. 57, c. 5, lett b), D. Lgs. 163/2006)

Condizioni

- progetto di base per il quale sia stato aggiudicato un primo appalto (procedura aperta o ristretta);
- consentito solo nei tre anni successivi alla conclusione dell'appalto iniziale,
- indicato in occasione del primo appalto
- il costo complessivo stimato dei servizi successivi è preso in considerazione dall'amministrazione aggiudicatrice per la determinazione del valore globale dell'appalto



Appalti e terzo settore

Avv. Marco Masi
Avv. Micaela Grandi

- Consiglio di Stato, sez. V, 8 luglio 2008, n. 3391
- Caso: l'Asl di Chieti alla scadenza di un contratto di durata quadriennale per il servizio di lavanolo, disinfezione della biancheria, gestione guardaroba, trasporto e riconsegna, conformemente alle previsioni del Capitolato Speciale, aveva rinnovato il contratto alla medesima impresa per ulteriori quattro anni.
- Il Consiglio di Stato ha affermato che in linea di principio, il rinnovo o la proroga, al di fuori dei casi contemplati dall'ordinamento, di un contratto d'appalto di servizi o di forniture stipulato da un'amministrazione pubblica da luogo a una figura di **procedura negoziata non consentita** e legittima qualsiasi impresa del settore a far valere dinanzi al giudice amministrativo il suo interesse legittimo all'espletamento di una gara.
- Da quanto sopraesposto emerge dunque che in tema di rinnovo o proroga dei contratti pubblici di appalto non vi è alcuno spazio per l'autonomia contrattuale delle parti, ma vige il principio che, salvo espresse previsioni dettate dalla legge in conformità della normativa comunitaria, **l'amministrazione, una volta scaduto il contratto, deve, qualora abbia ancora la necessità di avvalersi dello stesso tipo di prestazioni, effettuare una nuova gara**



Appalti e terzo settore

Avv. Marco Masi
Avv. Micaela Grandi

La proroga

Differimento della scadenza di un rapporto contrattuale in essere: è un contratto accessorio a quello originale (pur non essendo un nuovo contratto) e comportante solo la nuova scadenza e l'eventuale rideterminazione dell'importo a carico della S.A.

Rispetto al rinnovo si differenzia in quanto:

- ➔ Elemento caratterizzante è il differimento della scadenza del contratto (rinnovo è invece una nuova negoziazione)
- ➔ Durata della proroga di regola deve essere inferiore alla durata del precedente contratto (nel rinnovo invece deve essere la medesima)

Unico elemento in comune:

- ➔ La S.A. contrae con un'impresa con la quale intercorreva un precedente rapporto contrattuale



Appalti e terzo settore

Avv. Marco Masi
Avv. Micaela Grandi

Disciplina applicabile

- Proroga tacita: non è ammessa (è d'altronde difficilmente ipotizzabile poiché la decisione di prorogare deve essere condivisa da entrambe le parti e occorre un pronunciamento espresso e motivato)
- Proroga espressa pur non essendo prevista come istituto generale (art. 23, c. 2, L. 62/2005 o art. 3, c. 25 D.L. 203/2005) è ammissibile a condizione che l'originario contratto sia stato stipulato a seguito di espletamento di gara ad evidenza pubblica e nel rispetto dei principi del trattato
- La possibilità e la modalità di prorogare un contratto deve essere valutata alla stregua del principio generale di divieto di rinnovo contrattuale, la proroga, cioè, non deve concretizzarsi nell'elusione del divieto di rinnovo del contratto (attenzione, quindi, al periodo fissato per la proroga)



Appalti e terzo settore

Avv. Marco Masi
Avv. Micaela Grandi

Rinnovo e proroga nelle convenzioni

- La convenzione costituisce una deroga alle norme del D. Lgs. 163/2006 (cfr. Tar Lazio 17762/2010 e Autorità di Vigilanza 38/2009 sull'avvalimento)
- Di conseguenza la possibilità di rinnovare una convenzione non va affrontata alla luce della normativa sugli appalti pubblici
- La normativa relativa è quella del codice civile e, soprattutto, della convenzione stessa essendo a tutti gli effetti un negozio giuridico



Appalti e terzo settore

Avv. Marco Masi
Avv. Micaela Grandi



Adeguamento dei prezzi



Appalti e terzo settore

Avv. Marco Masi
Avv. Micaela Grandi

Adeguamento dei prezzi

Art. 115 D. Lgs. 163/2006

Tutti i contratti ad esecuzione periodica o continuativa relativi a servizi o forniture debbono recare una clausola di revisione periodica del prezzo.

La revisione viene operata sulla base di una istruttoria condotta dai dirigenti responsabili dell'acquisizione di beni e servizi sulla base dei dati di cui all'art. 7, c. 4, lett. c) e c. 5

L'art. 7, D. Lgs. 163/2006, demanda all'Osservatorio dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture il compito di determinare annualmente i costi standardizzati per tipo di servizio in relazione alle specifiche aree territoriali.

In mancanza, quindi, si fa riferimento all'aumento dell'indice di variazione dei prezzi per le famiglie di operai e impiegati (cd. FOI), mensilmente pubblicato dall'ISTAT (come precisato da Consiglio di Stato, sez. III, 19 luglio 2011, n. 4362 e sez. V, 14 dicembre 2006, n. 7461; Autorità di Vigilanza parere 04/08/2008).



Appalti e terzo settore

Avv. Marco Masi

Avv. Micaela Grandi

ADEGUAMENTO DEI PREZZI NELLE CONVENZIONI

- La convenzione costituisce una deroga alle norme del D. Lgs. 163/2006 (cfr. Tar Lazio 17762/2010 e Autorità di Vigilanza 38/2009 sull'avvalimento)
- Di conseguenza la possibilità di adeguamento dei prezzi nelle convenzioni non va affrontata alla luce della normativa sugli appalti pubblici
- La normativa relativa è quella del codice civile e, soprattutto, della convenzione stessa essendo a tutti gli effetti un negozio giuridico



Appalti e terzo settore

Avv. Marco Masi

Avv. Micaela Grandi

Alcune norme “procedurali”



STUDIO LEGALE
ASSOCIATO
MASI VITULO DIRANI
BORSARI PAGANI

Appalti e terzo settore

Avv. Marco Masi
Avv. Micaela Grandi

Preavviso di ricorso



STUDIO LEGALE
ASSOCIATO
MASI VITULO DIRANI
BORSARI PAGANI

Appalti e terzo settore

Avv. Marco Masi
Avv. Micaela Grandi

Preavviso di ricorso

243-bis. *Informativa in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale.*

1. I soggetti che intendono proporre un ricorso giurisdizionale informano le stazioni appaltanti della presunta violazione e della intenzione di proporre un ricorso giurisdizionale.

2. L'informazione di cui al comma 1 è fatta mediante comunicazione scritta e sottoscritta dall'interessato, o da un suo rappresentante, che reca una sintetica e sommaria indicazione dei presunti vizi di illegittimità e dei motivi di ricorso che si intendono articolare in giudizio, salva in ogni caso la facoltà di proporre in giudizio motivi diversi o ulteriori. L'informazione è diretta al responsabile del procedimento. La comunicazione prevista dal presente comma può essere effettuata anche oralmente nel corso di una seduta pubblica della commissione di gara ed è inserita nel verbale della seduta e comunicata immediatamente al responsabile del procedimento a cura della commissione di gara.

3. L'informativa non ha effetto sospensivo.

4. La stazione appaltante, entro quindici giorni, comunica le proprie determinazioni in ordine ai motivi indicati dall'interessato, stabilendo se intervenire o meno in autotutela. L'inerzia equivale a diniego di autotutela.

5. L'omissione della comunicazione di cui al comma 1 e l'inerzia della stazione appaltante costituiscono comportamenti valutabili, ai fini della decisione sulle spese di giudizio.



Appalti e terzo settore

Avv. Marco Masi

Avv. Micaela Grandi

Lite temeraria

246-bis. *Responsabilità per lite temeraria.*

1. Nei giudizi in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, il giudice, fermo quanto previsto dall'articolo 26 del codice del processo amministrativo approvato con [decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104](#), condanna d'ufficio la parte soccombente al pagamento di una sanzione pecuniaria in misura non inferiore al doppio e non superiore al quintuplo del contributo unificato dovuto per il ricorso introduttivo del giudizio quando la decisione è fondata su **ragioni manifeste od orientamenti giurisprudenziali consolidati**. Al gettito delle sanzioni previste dal presente comma si applica l'articolo 15 delle norme di attuazione del codice del processo amministrativo approvato con il citato [decreto legislativo n. 104 del 2010](#).



Appalti e terzo settore

Avv. Marco Masi

Avv. Micaela Grandi

Procedimento per la soluzione delle controversie



STUDIO LEGALE
ASSOCIATO
MASI VITULO DIRANI
BORSARI PAGANI

Appalti e terzo settore

Avv. Marco Masi
Avv. Micaela Grandi

■ Regolamento 10/01/2008 (G.U. 23 del 28/01/2008) sul procedimento per la soluzione delle controversie dinanzi all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (art. 6, c. 7, lett n)

- **Funzione** consultiva e di componimento delle controversie insorte durante la gara (richiesta di parere facoltativo e il parere non è vincolante)

- **Ratto:** deflazione del contenzioso

creazione di un corpus di pareri autorevoli che fungeranno da guida per gli operatori, tutti disponibili sul sito <http://www.autoritalavoripubblici.it/>

- **Soggetti richiedenti** stazione appaltante o una parte interessata ovvero più parti interessate (interesse giuridicamente qualificato, non di mero fatto)



STUDIO LEGALE
ASSOCIATO
MASI VITULO DIRANI
BORSARI PAGANI

Appalti e terzo settore

Avv. Marco Masi
Avv. Micaela Grandi

- **Istanza** (a pena di improcedibilità deve essere sottoscritta dalla persona fisica legittimata ad esprimere all'esterno la volontà del soggetto richiedente)

- **Contenuto**

- Intestazione "istanza di parere per la soluzione di controversie ex art. 6, c. 7, lett n",
- soggetto richiedente,
- soggetti controinteressati,
- oggetto della gara e base d'asta,
- descrizione succinta dei fatti e rappresentazione delle diverse posizioni,
- eventuale richiesta di audizione
- se è presentata dalla stazione appaltante, deve contenere l'impegno a non adottare atti pregiudizievole ai fini della risoluzione della questione, fino alla definizione della stessa da parte dell'autorità



Appalti e terzo settore

Avv. Marco Masi
Avv. Micaela Grandi

- **Ammissibilità dell'istanza:**

- questione deve riguardare una questione riguardante la fase precedente il provvedimento di aggiudicazione definitiva
- per la fattispecie oggetto dell'istanza non deve essere stato presentato un ricorso giurisdizionale

- **Invio:** tramite raccomandata, fax, posta elettronica certificata

- **tempi rapidissimi**

- **parere** l'autorità si esprime formulando un parere e eventualmente formulando una ipotesi di soluzione



Appalti e terzo settore

Avv. Marco Masi
Avv. Micaela Grandi

**Autorità per la vigilanza
sui contratti pubblici di lavori , servizi e forniture
del 24.01.2007**

**Deliberazione n. 17
PREC6/07**

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del decreto legislativo n. 163/2006 presentata dal Comune di Foligno – lavori di consolidamento del dissesto idrogeologico in Località Liè – Fosso della Valletta.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio Affari Giuridici

Considerato in fatto

In data 5 gennaio 2007 è pervenuta all'Autorità l'istanza di parere in oggetto con la quale il Comune di Foligno ha rappresentato la controversia insorta con P.A.T.I. Fiorello Fioretti/Geognostica s.r.l./Ellec Costruzioni s.r.l. a seguito dell'istanza di riammissione presentata alla S.A., da detta associazione temporanea, esclusa dalla gara indicata in oggetto per aver prodotto la dichiarazione relativa al subappalto redatta in forma generica e non aver effettuato specifico riferimento alle lavorazioni della categoria a qualificazione obbligatoria ad alta specializzazione OG12, della cui qualificazione il raggruppamento risulta privo.

Si precisa che le lavorazioni previste nel bando di gara sono afferenti alla categoria OG3 come prevalente ed alle categorie OG13, OG12 e OS21 come scorponabili e subappaltabili in quanto inferiori al 15 per cento dell'importo complessivo dell'intervento.

Il disciplinare di gara prescrive che il concorrente privo della qualificazione nelle categorie OG13, OG12 e OS21 deve dichiarare, a pena di esclusione, di voler subappaltare le lavorazioni ricadenti in dette categorie, ovvero partecipare in associazione temporanea di tipo verticale.

La dichiarazione resa dall'A.T.I. di che trattasi è formulata nei seguenti termini "in caso di aggiudicazione intende subappaltare le seguenti lavorazioni: tutte le lavorazioni nei modi e nelle quantità previste dalla legislazione vigente." A riscontro della richiesta di informazioni effettuata dall'Autorità nell'istruttoria procedimentale, l'impresa provvisoriamente aggiudicataria e l'associazione temporanea esclusa hanno ritenuto di non partecipare al contraddittorio.



Appalti e terzo settore

Avv. Marco Masi

Avv. Micaela Grandi

Ritenuto in diritto

Ai sensi dell'articolo 118 del d. lgs. n. 163/2006 i concorrenti, all'atto dell'offerta, devono indicare i lavori o le parti di opere che intendono subappaltare. Per quanto riguarda la categoria prevalente, la quota parte subappaltabile non può essere superiore al 30 per cento, mentre per le opere ad alta specializzazione di cui all'articolo 72, comma 4 del d.P.R. 534/1999 (quale l'OG12), in mancanza di specifica qualificazione, laddove non ricorra l'ipotesi del divieto di subappalto ex articolo 37, comma 11 del d. lgs. n. 163/2006, si deve subappaltare l'intera categoria.

Sul punto l'Autorità, nella determinazione n. 25/2001, le cui indicazioni sono applicabili anche in riferimento alla vigente disciplina sul subappalto, ha ritenuto che "L'art.18 della legge 19 marzo 1990, n.55 e s.m., laddove prevede che il subappalto deve comunque essere autorizzato dalla stazione appaltante ed è sottoposto alla condizione che i concorrenti "abbiano indicato i lavori o le parti di opere che intendono subappaltare o concedere in ottimo", deve essere inteso nel senso che i concorrenti, tutte le volte che non siano in possesso delle qualificazioni delle categorie scorponabili, debbano indicare nell'offerta la loro intenzione di volere subappaltare le lavorazioni di quelle categorie scorponabili che sono a qualificazione obbligatoria, indipendentemente dal fatto che sussista o meno il loro diritto a procedere al subappalto; ciò pertanto, qualora il bando di gara preveda, fra le categorie scorponabili, categorie a qualificazione obbligatoria ed il concorrente non sia in possesso delle corrispondenti qualificazioni oppure, in alternativa, non abbia indicato nell'offerta l'intenzione di procedere al loro subappalto, la stazione appaltante deve procedere alla sua esclusione dalla gara in quanto, in fase di esecuzione, lo stesso, qualora aggiudicatario, non potrebbe né eseguire direttamente le lavorazioni né essere autorizzato a subappaltarle."

Nel caso di specie, la questione attiene alla ammissibilità di una dichiarazione di subappalto formulata in forma generica, atteso che il concorrente è privo della qualificazione nella categoria scorponabile OG12, condizione che determina la necessità di affidare, a soggetto in possesso di specifica qualificazione, dette lavorazioni nella misura del 100 per cento.

Al riguardo, il Consiglio di Stato con la recente pronuncia n. 7090 del 1.12.2006, ha ritenuto che poiché la norma riconosce la facoltà di avvalersi del subappalto anche in relazione all'affidamento di singole lavorazioni rientranti in un'unica categoria, la dichiarazione di subappalto deve indicare con precisione a quali lavori si riferisce e "a maggior ragione nel caso di impresa del tutto sprovvista di qualificazione, la dichiarazione dovrà riferirsi inequivocabilmente a tutte le opere appartenenti alla categoria".

Relativamente all'obbligo o meno dell'esplicitazione della quota percentuale esatta e differenziata per ciascuna lavorazione, si evidenzia la mancata espressa previsione normativa al riguardo, tenuto anche conto che, con l'evoluzione normativa della disciplina sul subappalto, è venuta meno la distinzione tra i limiti quantitativi previsti per la categoria prevalente (15 per cento) e per le altre categorie (40 per cento).



Appalti e terzo settore

Avv. Marco Masi

Avv. Micaela Grandi

Accesso ai documenti (e rapporti con la privacy...)



Appalti e terzo settore

Avv. Marco Masi
Avv. Micaela Grandi

Legge 241/1990 = norma generale di riferimento (salvo quanto previsto dal Codice De Lise)

Art. 13- Accesso differito

a) nelle procedure aperte, in relazione all'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, fino alla **scadenza del termine per la presentazione delle medesime**;

b) nelle procedure ristrette e negoziate, e in ogni ipotesi di **gara informale**, in relazione all'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito o che hanno segnalato il loro interesse, e in relazione all'elenco dei soggetti che sono stati invitati a presentare offerte e all'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, fino alla **scadenza del termine per la presentazione delle offerte medesime**; ai soggetti la cui richiesta di invito sia stata respinta, è consentito l'accesso all'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito o che hanno segnalato il loro interesse, dopo la comunicazione Ufficiale, da parte delle stazioni appaltanti, dei nominativi dei candidati da invitare;

c) in relazione alle offerte, fino all'approvazione dell'aggiudicazione;

c bis) in relazione al procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta, fino all'aggiudicazione definitiva.

Gli atti di cui al comma 2, fino ai termini ivi previsti, non possono essere comunicati a terzi o resi in qualsiasi altro modo noti.



Appalti e terzo settore

Avv. Marco Masi
Avv. Micaela Grandi

Art. 13- Accesso escluso....

- a) alle informazioni fornite dagli offerenti nell'ambito delle offerte ovvero a giustificazione delle medesime, che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali;
- b) a eventuali ulteriori aspetti riservati delle offerte, da individuarsi in sede di regolamento;
- c) ai pareri legali acquisiti dai soggetti tenuti all'applicazione del presente codice, per la soluzione di liti, potenziali o in atto, relative ai contratti pubblici;
- d) alle relazioni riservate del direttore dei lavori e dell'organo di collaudo sulle domande e sulle riserve del soggetto esecutore del contratto.

... eccezion fatta in relazione alle lettere a) e b)

per l'accesso al concorrente che lo chieda in vista della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto nell'ambito della quale viene formulata la richiesta di accesso



Appalti e terzo settore

Avv. Marco Masi
Avv. Micaela Grandi

Nell'ambito di un ricorso proposto contro una decisione adottata da un'amministrazione aggiudicatrice relativa ad una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, il principio del contraddittorio non implica che le parti abbiano un diritto di accesso illimitato e assoluto al complesso delle informazioni relative alla procedura di aggiudicazione.

Tale diritto di accesso deve infatti essere ponderato con il diritto di altri operatori economici alla tutela delle informazioni riservate e dei loro segreti commerciali.

Alla luce del danno estremamente grave che potrebbe risultare dalla comunicazione non corretta di talune informazioni ad un concorrente, prima di comunicare tali informazioni ad una parte nella controversia, occorre dare all'operatore economico di cui trattasi la possibilità di opporre il loro carattere riservato o di segreto commerciale, decidendo infine in che misura e secondo quali modalità occorra garantire la riservatezza e il segreto di tali informazioni, per le esigenze di tutela giudica effettiva e dei diritti di difesa delle parti nella controversia.

Corte di Giustizia delle Comunità europee, III sezione

Sentenza del 14 febbraio 2008

nel procedimento C-450/06, Varec SA / Stato belga



Appalti e terzo settore

Avv. Marco Masi
Avv. Micaela Grandi

Art. 79, c. 5 quater (introdotta con il D. Lgs. 53/2010)

Fermi i divieti e differimenti dell'accesso previsti dall'articolo 13, l'accesso agli atti del procedimento in cui sono adottati i provvedimenti oggetto di comunicazione ai sensi del presente articolo è consentito entro dieci giorni dall'invio della comunicazione dei provvedimenti medesimi mediante visione ed estrazione di copia. Non occorre istanza scritta di accesso e provvedimento di ammissione, salvi i provvedimenti di esclusione o differimento dell'accesso adottati ai sensi dell'articolo 13. Le comunicazioni di cui al comma 5 indicano se ci sono atti per i quali l'accesso è vietato o differito, e indicano l'ufficio presso cui l'accesso può essere esercitato, e i relativi orari, garantendo che l'accesso sia consentito durante tutto l'orario in cui l'ufficio è aperto al pubblico o il relativo personale presta servizio



Appalti e terzo settore

Avv. Marco Masi

Avv. Micaela Grandi