



Home	Informazioni generali	Comunità di ricerca	Attività formative	Risorse	Osservatorio OPAL	
----------------------	---------------------------------------	-------------------------------------	------------------------------------	-------------------------	-----------------------------------	--

Sei qui: [Home](#) > [Osservatorio OPAL](#) > [OPAL n. 8 - 6/2016](#) > [Alla cooperativa sociale non può essere riservato il servizio di canile comunale](#)

Alla cooperativa sociale non può essere riservato il servizio di canile comunale

di [Marco Comaschi](#)

[Stampa](#) | [Email](#)

Con la sentenza 3.3.2016, n. 306 il TAR Piemonte ha fornito alcune utili coordinate ermeneutiche circa la possibilità di affidare direttamente forniture e servizi alla cooperative sociali ai sensi dell'art. 1, comma 1, lettera b) della l. n. 381 del 1991.

Il giudizio trae origine dagli atti adottati da un Comune per affidare la gestione del canile comunale, attività che ben può essere qualificata quale servizio pubblico locale a rilevanza economica[1].

L'Amministrazione, dopo che il canile era stato gestito per circa 13 anni da un Associazione Onlus in forza di convenzione ai sensi dell'art. 4, L. 14 agosto 1991 n. 281[2], decideva nel 2012 di indire una procedura di gara aperta a tutti gli operatori economici[3]. La selezione, tuttavia, andava deserta, così come la successiva procedura di gara indetta a condizioni analoghe alla precedente.

L'associazione, precedentemente affidataria del servizio, si vedeva costretta a disertare entrambe le procedure selettive poiché le condizioni economiche imposte dai due bandi di gara erano tali da non consentire neppure la copertura dei costi necessari per l'espletamento del servizio.

Nelle more, la gestione del canile veniva poi affidata ad un altro operatore anche se, dopo alcuni mesi, il Comune si vedeva costretto – stante le difficoltà gestionali da subito manifestatesi – a revocare l'affidamento disposto in favore di quest'ultimo soggetto.

A questo punto, veniva emesso un avviso esplorativo per raccogliere manifestazioni di interesse a partecipare ad una procedura negoziata, senza previa pubblicazione del bando di gara, per l'affidamento della gestione del canile. Sennonché il Comune, avendo ricevuto una sola manifestazione di interesse, decideva di indire una gara pubblica riservata alle cooperative sociali di cui all'art. 1, comma 1, lettera b) della legge 381/1991.

Contro quest'ultima determinazione è insorta l'Associazione che, in precedenza, aveva gestito il canile in virtù di convenzione, poiché tale ultimo requisito le avrebbe impedito di essere ammessa alla procedura. Ed è proprio avverso tale specifica previsione limitativa della partecipazione che sono state mosse differenti doglianze, una delle quali volta a censurare l'illegittima applicazione dell'art. 5 della legge n. 381 del 1991[4], in quanto questa fattispecie sarebbe applicabile ai soli casi in cui la fornitura del servizio sia rivolta direttamente in favore dell'amministrazione e non anche – come nel caso *de quo* – allorché il servizio sia diretto alla pubblica collettività.

Ed è proprio su tale punto che il TAR ritiene meritevole di accoglimento il ricorso, sebbene sull'interpretazione dell'art. 5 della legge n. 381 del 1991 si siano sviluppati due orientamenti giurisprudenziali differenti.

Un primo e maggioritario orientamento afferma che la riserva in favore delle cooperative sociali possa essere posta solamente ove l'oggetto della licitazione sia la fornitura di beni e servizi strumentali alla P.A. e non, invece, nelle procedure di affidamento di servizi pubblici locali (*ex multis*, T.A.R. Bologna, Sez. II, 06 luglio 2015, n. 637; Cons. Stato Sez. V, 16 aprile 2014, n. 1863; Cons. Stato, Sez. VI, 29 aprile 2013, n. 2342).

Altre pronunce del G.A. hanno invece affermato che il legislatore, nel prevedere letteralmente la possibilità di stipulare convenzioni con le cooperative sociali *"per la fornitura di beni e servizi diversi da quelli socio-sanitari"* abbia voluto escludere unicamente l'applicabilità di tale deroga ai soli servizi socio sanitari ed educativi, con la conseguenza di poterla ritenere applicabile a tutti gli altri servizi, siano essi strumentali o non all'Amministrazione (cfr. T.A.R. Salerno, Sez. I, 28 luglio 2011, n. 1429; TAR Lazio, sez. II bis, 30 luglio 2014, n. 8325).

Il TAR Piemonte ritiene, però, di dover aderire alla prima soluzione in quanto conduce ad una soluzione più coerente con il quadro generale dei principi che governano la materia dei contratti pubblici.

In particolare il Collegio ritiene essenziale l'impiego della forma *"fornitura di beni e servizi"*, in luogo di quella *"servizi pubblici locali"*. Ed in effetti la causa tipica dell'appalto di *"fornitura di beni e servizi"* prevede che la prestazione contrattuale convenuta con il privato sia rivolta a soddisfare una specifica esigenza dell'amministrazione e che al fornitore compete, quale corrispettivo dell'opera prestata, il pagamento di un compenso economico. Viceversa, con l'espressione *"servizi pubblici locali"* si fa riferimento ad attività di servizio indirizzate direttamente alla cittadinanza, con i quali il gestore intrattiene quindi un rapporto diretto e solo in parte mediato dall'ente pubblico[5].

Inoltre depone nello stesso senso, sotto il profilo sistematico, *"il fatto che l'art. 5 della legge 381/1991, derogando ai principi generali di massima apertura al mercato e di tutela della concorrenza sottesi alle regole dell'evidenza pubblica, riveste valenza di norma eccezionale ed in quanto tale va sottoposto ad una lettura restrittiva, che escluda dal relativo campo di applicazione contratti diversi da quelli specificamente indicati"*.

Nè rileva il fatto che il Comune non abbia utilizzato lo schema dell'affidamento diretto ma quello della procedura di gara riservata - a livello di partecipazione - alla specifica categoria delle cooperative sociali di cui all'art. 1, lett. b), della legge n. 381/1991.

Il Giudice evidenzia come, in assenza di validi presupposti applicativi della legge 381/1991, tanto l'affidamento diretto quanto la gara riservata alle citate cooperative si rivelano soluzioni illegittime dato che, seppur con diverso grado di intensità, cagionano un'ingiustificata restrizione della concorrenza. Diversamente, in presenza di validi presupposti per l'applicazione della legge 381/1991, sia l'affidamento diretto che l'indizione di una gara d'appalto riservata alle cooperative di tipo b) potrebbero ritenersi ugualmente legittimi[6].

Newsletter

Osservatorio sulle Autonomie Locali

Nome

Email

Privacy e Termini di Utilizzo

[Iscriviti](#) [Cancellati](#)



Infine il TAR non apprezza nemmeno le difese dell'amministrazione con cui si sottolinea l'inclusione del servizio in questione nell'elenco di cui all'allegato II B del d.lgs. 163/2006[7]. Ed infatti anche gli affidamenti che riguardino prestazioni ivi incluse devono avvenire nel rispetto dei principi di imparzialità, parità di trattamento e trasparenza, con la conseguenza che la scelta delle imprese da coinvolgere nel confronto concorrenziale non si muove in uno spazio completamente libero da regole, ma presuppone una previa attività istruttoria, da condursi mediante indagini di mercato e l'assunzione di informazioni circa le caratteristiche di qualificazione economico - finanziaria e tecnico - organizzativa ritenute necessarie ai fini della esecuzione dell'appalto[8].

In conclusione, quindi, la circostanza per cui un servizio possa essere ricondotto all'allegato II B non fa venire meno il divieto, per la Stazione Appaltante, di prevedere ingiustificate limitazioni al principio del *favor participationis* che possano addirittura integrare, come nel caso in qui analizzato, una vera e propria discriminazione a discapito di alcuni operatori economici.

[1] La gestione di un canile comunale configura infatti un servizio pubblico locale a rilevanza economica anche nel caso in cui venga previsto un solo rimborso delle spese sostenute dall'associazione titolare dell'affidamento, e ciò in quanto la giurisprudenza comunitaria ha riconosciuto che l'assenza del fine di lucro non esclude l'esercizio dell'attività economica (cfr. Corte giust. CE, 19 maggio 2009, C-538; Sez. III, 29 novembre 2007 C-119/06).

[2] Si tratta della legge quadro in materia di animali di affezione e prevenzione del randagismo. In particolare, l'art. 4 del testo normativo dispone che *"I comuni, singoli o associati, e le comunità montane provvedono prioritariamente ad attuare piani di controllo delle nascite attraverso la sterilizzazione. A tali piani è destinata una quota non inferiore al 60 per cento delle risorse di cui all'articolo 3, comma 6. I comuni provvedono, altresì, al risanamento dei canili comunali esistenti e costruiscono rifugi per i cani, nel rispetto dei criteri stabiliti con legge regionale e avvalendosi delle risorse di cui all'articolo 3, comma 6. I comuni, singoli o associati, e le comunità montane provvedono a gestire i canili e gattili sanitari direttamente o tramite convenzioni con le associazioni animaliste e zoofile o con soggetti privati che garantiscano la presenza nella struttura di volontari delle associazioni animaliste e zoofile preposti alla gestione delle adozioni e degli affidamenti dei cani e dei gatti"*.

[3] La volontà dell'Amministrazione di aprire il servizio al libero mercato è, astrattamente, la soluzione più aderente ai principi vigenti in materia di contratti della P.A.. D'altronde, per quanto le attività svolte dalle associazioni siano lodevoli, è stato evidenziato anche dall'Autorità garante della concorrenza, con due segnalazioni indirizzate al Parlamento (3 novembre 2008 AS487 e 19 marzo 2009 AS509), che gli enti no profit, sebbene ispirati a principi solidaristici, sono imprese ai sensi del diritto antitrust, sicché non sono consentiti affidamenti diretti in loro favore, ma affidamenti con gare in concorrenza con altri operatori.

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

Per la stipula delle convenzioni di cui al comma 1 le cooperative sociali debbono risultare iscritte all'albo regionale di cui all'articolo 9, comma 1. Gli analoghi organismi aventi sede negli altri Stati membri della Comunità europea debbono essere in possesso di requisiti equivalenti a quelli richiesti per l'iscrizione a tale albo e risultare iscritti nelle liste regionali di cui al comma 3, ovvero dare dimostrazione con idonea documentazione del possesso dei requisiti stessi.

Le regioni rendono noti annualmente, attraverso la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale delle Comunità europee, i requisiti e le condizioni richiesti per la stipula delle convenzioni ai sensi del comma 1, nonché le liste regionali degli organismi che ne abbiano dimostrato il possesso alle competenti autorità regionali.

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".

[5] La nozione di servizio pubblico si fonda essenzialmente su due elementi: a) la preordinazione dell'attività a soddisfare in modo diretto esigenze proprie di una platea indifferenziata di utenti; b) la sottoposizione del gestore ad una serie di obblighi, tra i quali quelli di esercizio e tariffari, volti a conformare l'espletamento dell'attività a regole di continuità, regolarità, capacità tecnico-professionale e qualità; infatti, partendo dalla nozione comunemente accolta del servizio pubblico locale, in contrapposizione a quella di appalto di servizi, va osservato che essa accorda tale natura alle attività destinate a rendere un'utilità immediatamente percepibile ai singoli o all'utenza complessivamente considerata, che ne sopporta i costi direttamente, mediante pagamento di apposita tariffa, all'interno di un rapporto trilaterale, con assunzione del rischio di impresa a carico del gestore (Consiglio di Stato, sez. V, 18/06/2015, n. 3120).

[6] Così afferma il Cons. Stato, con la sent.14 febbraio 2003, n. 794.

[7] Ai sensi dell'art. 20 del D. Lgs. n. 163/2006 l'aggiudicazione degli appalti aventi per oggetto i servizi elencati nell'allegato II B, tra cui può essere ricondotto quello del canile comunale, 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).

[8] In questo senso T.A.R. Milano, Sez. I, sentt.11 aprile 2013, n. 930 e 6 dicembre 2012, n. 2941.

Pubblicato in Newsletter n. 8 - 1/2016

Keywords: [Funzioni e Servizi](#)

[Torna in alto](#)

Università degli Studi del Piemonte Orientale "A. Avogadro"
Dottorato di Ricerca in Autonomie Locali, Servizi Pubblici e Diritti di Cittadinanza
Via Mondovì 6 - 15121 Alessandria
Tel. +39.0131.283765 - Fax +39.0131.283777 - E-mail: drasd@unipmn.it