

Newsletter **2/2022**

in questa uscita

Cooperative sociali di tipo A ex art. 1, co.1, lett. a) L. 381/1991 e obblighi di trasparenza

Adempimento degli obblighi ex art. 1, co. 32, L. 190/2012: proroga dei termini al 7 febbraio 2022

Applicazione obblighi trasparenza alla fondazione ENPAM quale ente privatizzato con finalità di interesse pubblico

Obbligo di rotazione negli appalti sotto soglia
- parità di trattamento del gestore uscente
- deroghe e limiti

Appalto servizi ingegneria e architettura: certificato regolare esecuzione in caso di pluralità prestazioni

COOPERATIVE SOCIALI DI TIPO A EX ART. 1, CO.1, LETT. A) L. 381/1991 E OBBLIGHI DI TRASPARENZA

Con Delibera n. 21 del 12 gennaio 2022, ANAC - a seguito di richiesta di parere formulata da un referente di una cooperativa sociale circa l'applicabilità degli obblighi di cui al Decreto Trasparenza¹ alle cooperative sociali di tipo A² di cui all'art. 1, co. 1, L. 381/91 ("Disciplina delle cooperative sociali") - ha fornito interessanti indicazioni applicative.

In particolare, l'Autorità ha ritenuto che tale tipologia di cooperativa - qualora possieda tutti e tre i requisiti previsti - possa essere ricondotta nell'alveo dei soggetti privati di cui all'art. 2-bis, co. 2, lett. c)³.

Qualora, invece, le condizioni non risultino contemporaneamente soddisfatte, le cooperative sociali di tipo A vanno incluse tra i soggetti privati di cui all'art. 2-bis, co. 3⁴, sempreché - atteso il requisito del bilancio superiore a 500.000 euro - siano accreditate presso la Regione per

la gestione di servizi di interesse generale di cui all'art. 1, co.1, lett. a) della L. n. 381/1991.

ANAC, in un'ottica di semplificazione e al fine di evitare duplicazioni con gli obblighi già previsti dalla disciplina speciale in materia di impresa sociale, conferma che pertanto la pubblicazione ex art. 9, co. 2, del D.lgs. 112/2017, del bilancio sociale sul sito istituzionale della cooperativa sociale, assolve:

- sia all'obbligo di pubblicazione dei dati relativi ai bilanci di cui all'art. 29, D.lgs. 33/2013;
- sia all'obbligo relativo ai servizi erogati ex art. 32, d.lgs. 33/2013, che riguarda tutti i gestori di servizi pubblici, a prescindere dallo strumento con cui il servizio pubblico è stato affidato (concessione, appalto o altra modalità).

1. D.Lgs. 33/2013

2. Cooperativa che svolge la gestione di servizi socio-sanitari ed educativi, incluse le attività di cui all'articolo 2, comma 1, lettere a), b), c), d), l), e p) del decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 112.

3. "... associazioni, alle fondazioni e agli enti di diritto privato comunque denominati, anche privi di personalità giuridica, con bilancio superiore a cinquecentomila euro, la cui attività sia finanziata in modo maggioritario per almeno due esercizi finanziari consecutivi nell'ultimo triennio da pubbliche amministrazioni e in cui la totalità dei titolari o dei componenti dell'organo d'amministrazione o di indirizzo sia designata da pubbliche Amministrazioni".

4. "La medesima disciplina prevista per le pubbliche amministrazioni di cui al comma 1 si applica, in quanto compatibile, limitatamente ai dati e ai documenti inerenti all'attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o dell'Unione europea, alle società in partecipazione pubblica come definite dal decreto legislativo emanato in attuazione dell'articolo 18 della legge 7 agosto 2015, n. 124, e alle associazioni, alle fondazioni e agli enti di diritto privato, anche privi di personalità giuridica, con bilancio superiore a cinquecentomila euro, che esercitano funzioni amministrative, attività di produzione di beni e servizi a favore delle amministrazioni pubbliche o di gestione di servizi pubblici".

PROROGA DEL TERMINE PER L'ADEMPIMENTO DEGLI OBBLIGHI EX ART. 1, CO. 32, L. 190/2012

Con Avviso diramato in data 31 gennaio u.s., ANAC, in considerazione delle difficoltà legate alla situazione di emergenza sanitaria e in risposta alle richieste pervenute da alcune Amministrazioni, ha disposto la proroga al 7 febbraio 2022 del termine per la comunicazione via PEC

dell'avvenuta pubblicazione del file XML per gli adempimenti di cui all'art. 1, comma 32, della L.190/2012. Si segnala che chiarimenti e specifiche in merito all'adempimento in oggetto sono reperibili nella Newsletter 1/2022, cui si fa rinvio per ogni dettaglio.

APPLICAZIONE OBBLIGHI TRASPARENZA ALLA FONDAZIONE ENPAM QUALE ENTE PRIVATIZZATO CON FINALITÀ DI INTERESSE PUBBLICO

Con sentenza n. 35/2022, Il TAR Roma ha fornito un importante chiarimento circa l'applicabilità degli obblighi di trasparenza e pubblicità previsti sia dalla L. 241/1990 sia dal D. lgs. 33/2013 nei confronti della Fondazione ENPAM (Ente nazionale di previdenza e di assistenza dei medici e degli odontoiatri). Nel caso di specie, il ricorrente - a seguito del diniego apposto dall' ENPAM ad una richiesta di accesso civico semplice - ha chiesto al TAR l'accertamento dell'obbligo in capo all'ente di pubblicazione sul sito istituzionale di taluni documenti, dati e informazioni⁵, il cui adempimento è reso obbligatorio ai sensi del D. lgs. 33/2013 per i "concessionari di pubblici servizi"⁶.

Trattandosi di un Ente con personalità giuridica di diritto privato⁷, e seguendo la motivazione a supporto del diniego, sembrerebbero doversi escludere gli obblighi di pubblicazione ai sensi del D. lgs. 33/2013, essendo questo Ente (formalmente) fuori dal novero delle amministrazioni pubbliche e in particolare dei "concessionari di pubblici servizi". Tuttavia, secondo l'orientamento del TAR, ciò che in realtà rileva è l'attività oggettivamente svolta dall'Ente, del quale possono ben persistere "indici di matrice pubblica in senso sostanziale" anche dopo la formale privatizzazione. Risulta perciò necessario, secondo il giudice amministrativo, seguire una visione sostanzialista e non formalista della privatizzazione stessa. E a tale conclusione il TAR è anche giunto prendendo in considerazione le norme che hanno contribuito alla privatizzazione dell'ente⁸ secondo cui:

- gli enti trasformati continuano a svolgere le attività previdenziali e assistenziali in atto riconosciute a favore delle categorie di lavoratori e professionisti per le quali sono stati originariamente istituiti⁹;
- pur dopo l'avvenuta privatizzazione, gli enti sono comunque sottoposti alla vigilanza dei Ministeri del Lavoro e dell'Economia nonché dei Ministeri *ratione materiae* rispettivamente competenti¹⁰.

Le argomentazioni esposte, inoltre, appaiono in linea con il disposto dell'art. 2-bis del D. lgs. 33/2013, il quale riconduce nell'ambito soggettivo di applicazione anche le

associazioni, fondazioni e gli enti di diritto privato, anche privi di personalità giuridica, con bilancio superiore a cinquecentomila euro, che esercitano funzioni amministrative, attività di produzione di beni e servizi a favore delle amministrazioni pubbliche o di gestione di servizi pubblici. Di conseguenza, come argomentato dal TAR, risulterebbe riduttivo ricondurre agli obblighi di trasparenza e pubblicità solamente le pubbliche amministrazioni in senso stretto, dovendo invece tenere in considerazione anche i soggetti (formalmente privati ma svolgenti attività di pubblico interesse) previsti dall'alveo più ampio ed elastico del citato art. 2-bis del D. lgs. 33/2013.

Infine, relativamente agli obblighi di pubblicazione oggetto dell'istanza di accesso e alle disposizioni della Determinazione ANAC n. 1134/2017 relativamente ai "concessionari di pubblici servizi", lo stesso TAR ha puntualizzato che - in ossequio al principio di conservazione degli atti giuridici - una simile categoria può essere intesa in chiave più estensiva ove soltanto si consideri che:

- nel caso degli **enti di previdenza**, l'affidamento di taluni interessi pubblici (gestione degli aspetti previdenziali ed assistenziali, per l'appunto) discende direttamente dalla legge e non da un atto amministrativo. Dunque, tali soggetti svolgono **attività sostanzialmente pubblicistica** ed in quanto tale soggetta ai medesimi obblighi di trasparenza e pubblicazione cui risultano ordinariamente sottoposti tutti gli organi amministrativi;
- la nozione di servizi pubblici ricomprende pacificamente anche le attività istituzionali di previdenza e di assistenza in favore di medici e odontoiatri. Si veda, ad esempio, l'art. 4 dello Statuto ENPAM, il quale prevede che detta Fondazione sia "ente necessario con finalità di interesse pubblico".

Sulla base di tutte le considerazioni che precedono, il TAR ha ricondotto la Fondazione tra i soggetti tenuti alla pubblicazione degli atti e documenti specificatamente richiesti dal ricorrente a mezzo accesso civico e ha ordinato all'ENPAM di provvedere nel termine perentorio di 30 giorni dalla comunicazione della decisione.

5. Tra cui la Carta dei servizi e standard di qualità (Art. 32, c. 1, d.lgs. n. 33/2013), le informazioni circa i costi contabilizzati (Art. 32, c. 2, lett. a, d.lgs. n. 33/2013 e Art. 10, c. 5, d.lgs. n. 33/2013) e le previsioni in tema di class action (Art. 1, c. 2, d.lgs. n. 198/2009, art. 4, c. 2, d.lgs. n. 198/2009, art. 4, c. 6, d.lgs. n. 198/2009).

6. Cfr. Determinazione ANAC n. 1134 del 8/11/2017, allegato 1

7. L'ENPAM è stato oggetto di privatizzazione ai sensi del D.lgs. 509/1997

8. D. lgs. 509/1997

9. Cfr. Art. 1, comma 3, D. lgs. 509/1994

10. Cfr. Art. 3 del D. lgs. 509/1994

OBBLIGO DI ROTAZIONE NEGLI APPALTI SOTTO SOGLIA

Il TAR Veneto, con sentenza n. 132 del 19/01/2022, ha ricordato che l'art. 36 del D. lgs. 50/2016 riconosce alle Amministrazioni un'ampia discrezionalità nell'affidamento dei contratti sotto soglia, la quale deve essere bilanciata dall'applicazione puntuale dei principi di cui al comma 1 e, in particolare, del **principio di rotazione**. Il principio di rotazione costituisce quindi un necessario contrappeso alla notevole discrezionalità riconosciuta all'amministrazione nel decidere gli operatori economici da invitare in caso di procedura negoziata¹¹.

In questa ottica il legislatore impone il rispetto del principio della rotazione già nella fase dell'invito degli operatori alla procedura di gara per evitare che il gestore uscente, forte della conoscenza della strutturazione del servizio da espletare acquisita nella precedente gestione, possa agevolmente prevalere sugli altri operatori economici¹².

PARITÀ DI TRATTAMENTO DEL GESTORE USCENTE

L'art. 36 del D. lgs. 50/2016 favorisce dunque l'ingresso delle piccole e medie imprese nei mercati ristretti, e comprime, entro i limiti della proporzionalità, la parità di trattamento che va garantita anche al gestore uscente, al quale - salvo motivate eccezioni - si impone soltanto di "saltare" il primo affidamento, di modo che alla successiva gara esso si ritrovi in posizione paritaria con le altre concorrenti, così garantendo i principi di cui all'art. 97 Cost., poiché l'aumento delle chances di partecipazione dei competitors "esterni" favorisce l'efficienza e l'economicità dell'approvvigionamento dei servizi.

DEROGHE E LIMITI

Tale principio comporta quindi il divieto di invito a procedure dirette all'assegnazione di un appalto, nei confronti del contraente uscente, salvo che la stazione appaltante fornisca **adeguata, puntuale e rigorosa motivazione** delle ragioni che hanno indotto a derogarvi, facendo in particolare riferimento:

- al numero eventualmente circoscritto e non adeguato di operatori presenti sul mercato;

- al particolare e difficilmente replicabile grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale;
- al peculiare oggetto e alle specifiche caratteristiche del mercato di riferimento.

Inoltre, l'applicazione generalizzata del principio trova un limite di carattere generale nel solo caso di selezione mediante procedura aperta, che cioè non preveda una preventiva limitazione dei partecipanti attraverso inviti. A tal proposito, nella **Delibera ANAC 666/2021** - dopo aver ricordato che in caso di affidamenti sotto soglia le SA possono procedere mediante affidamento diretto, anche senza previa consultazione di due o più operatori - è stato affermato che nel caso di affidamento diretto privo di confronto competitivo, il principio di rotazione viene in rilievo come "*rotazione degli affidamenti*", nel senso che la stazione appaltante è tenuta a ruotare gli operatori economici cui affidare direttamente il contratto. In altri termini, atteso che non è necessario che l'affidamento sia preceduto da un confronto concorrenziale e che è invece rimessa ad una diretta individuazione della stazione appaltante la scelta dell'operatore economico con cui stipulare il contratto, non può tuttavia affermarsi che quest'ultima sia dotata di una integrale "*libertà di movimento*", essendo comunque tenuta al rispetto dei principi specifici dettati dall'art. 36. Ciò che bisogna scongiurare è il ricorso alla "via breve" delle dirette consultazioni delle imprese già affidatarie dei servizi di cui si necessita.

RAPPORTI CON IL D.L. SEMPLIFICAZIONI

Quanto sopra esposto, ha concluso il TAR, non è in contrasto con l'art. 1, comma 2 del D.L. 76/2020, che contiene una disciplina dettata specificamente per il periodo emergenziale, che peraltro ribadisce l'obbligatorietà del principio di rotazione previsto in via ordinaria per gli affidamenti dei contratti sotto soglia¹³.

11. La ratio del principio di rotazione sta nell'obiettivo di evitare la formazione di rendite di posizione e perseguire l'effettiva concorrenza, consentendo la turnazione tra i diversi operatori nella realizzazione del servizio.

12. Cfr. C. Stato 12/06/2019, n. 3943; C. Stato 05/03/2019, n. 1524; C. Stato 13/12/2017, n. 5854.

13. Cfr. TAR Liguria 06/12/2021, n. 1052

APPALTO SERVIZI INGEGNERIA E ARCHITETTURA: CERTIFICATO REGOLARE ESECUZIONE IN CASO DI PLURALITÀ PRESTAZIONI

Con la massima n. 237 del 19 Gennaio 2022 , resa in sede di parere di pre contenzioso, ANAC ha fornito indicazioni importanti sul certificato di regolare esecuzione in caso di contratto di appalto che preveda, a carico dell'appaltatore, l'esecuzione di una pluralità di prestazioni tecniche tra loro separabili e quindi autonome tali che si possa valutare e certificare la corretta esecuzione dei singoli servizi a prescindere dal completamento dell'ultima delle prestazioni dedotte nel contratto. Secondo ANAC, infatti, "non v'è ragione, infatti, per ritenere che l'impresa possa

richiedere alla committenza pubblica il rilascio del certificato di esecuzione solamente quando il contratto d'appalto sia stato integralmente concluso - nel senso che non residuano più prestazioni dovute a carico di entrambe le parti - ben potendo il RUP attestare la corretta esecuzione delle singole ed autonome prestazioni contrattuali (progettazione di fattibilità tecnica ed economica, progettazione definitiva, progettazione esecutiva, direzione lavori e coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione, ecc)".

Legislazione Tecnica
Area Consulenza

Direzione Generale:
dott.ssa Rosalisa Lancia

Tel. **06.5921743**
email: **consulenza@legislazionetecnica.it**

Orario Segreteria
dal lunedì al venerdì ore 9.15-13 e 14-17.45