



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 933 del 16 ottobre 2017

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata dalla società RI.CA. Srl – Indagine di mercato per l'individuazione degli operatori economici da invitare alla procedura negoziata ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. b) del d.lgs. n. 50/2016, riservata alle cooperative sociali di tipo B, per la gestione del servizio di refezione scolastica per la scuola primaria e dell'infanzia del Comune di Capranica-Periodo AA.SS. 2019/2022 – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa – Importo a base di gara: euro 558.960,00 – S.A.: Comune di Capranica.

PREC 149/19/S/PB

Il Consiglio

VISTA l'istanza acquisita al prot. ANAC n. 63381 del 2.8.2019, con la quale la società RI.CA. Srl chiede parere sulla legittimità della determinazione con la quale la Stazione appaltante ha riservato la partecipazione alla gara in oggetto alle sole cooperative sociali di tipo B;

CONSIDERATO, più specificamente, che l'istante ritiene che tale decisione sia illegittima in quanto fortemente limitativa della concorrenza;

VISTO l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 23.9.2019;

VISTA la documentazione in atti e le memorie prodotte dalle parti;

RITENUTO che il parere può essere reso ai sensi dell'art. 11, comma 5 del Regolamento di precontenzioso;

CONSIDERATO quanto previsto dal combinato disposto dell'art. 35, comma 1, lett. d), dell'art. 36, comma 2, lett. b), dell'art. 45, comma 2, dell'art. 112 e dell'Allegato IX del Codice appalti;

RICHIAMATO interamente quanto precisato dall'Autorità in tema di appalti riservati e in particolare lì dove si chiarisce che *«rispetto alla previgente disposizione dell'art. 52 del d.lgs. 163/2006, la nuova previsione dell'art. 112 apporta alla disciplina degli “appalti riservati” alcune novità:*

- *si prevede espressamente la possibilità di applicare la “riserva” anche nell'ambito delle concessioni e non solo degli appalti;*
- *viene ampliato l'ambito soggettivo di applicabilità della norma: l'art. 52 prevedeva la riserva per i soli lavoratori protetti, l'art. 112 è invece riferito in generale agli operatori economici e a cooperative sociali e loro consorzi il cui scopo principale sia l'integrazione sociale e professionale delle persone con disabilità o svantaggiate; la riserva è quindi in favore di operatori economici che impieghino non solo i disabili (come era previsto in precedenza) ma anche persone svantaggiate;*



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

- è possibile riservare l'esecuzione del contratto, oltre che nei casi sopra indicati, anche nel contesto di programmi di lavoro protetti, quando almeno il 30 per cento (non più "la maggioranza" come prevedeva l'art. 52) dei lavoratori dei suddetti operatori economici sia composto da lavoratori con disabilità o da lavoratori svantaggiati;
- la norma, a differenza del previgente Codice introduce, al comma 2, una espressa definizione di "lavoratori con disabilità" e "lavoratori svantaggiati", con rinvio alle rispettive discipline di settore (soggetti con disabilità di cui all'art. 1, l. 68/99, persone svantaggiate di cui all'art. 4, l. 381/1991, gli altri soggetti di cui all'art. 21, l. 354/1975).
- Resta, infine, confermato che il bando di gara o l'avviso di preinformazione devono espressamente dare atto che si tratta di appalto o concessione riservata
[...] Conclusivamente, quindi, l'indirizzo dato a livello europeo consente una più ampia applicazione della riserva prevista all'art. 112 del Codice rispetto all'assetto normativo previgente, laddove sussistano le condizioni previste dalla norma, pertanto, si ritiene che la stessa possa estendersi in generale a tutti gli operatori economici, anche rientranti nella categoria dei lavoratori protetti (secondo le indicazioni dell'Autorità), le cooperative sociali e loro consorzi, che abbiano come finalità principale l'impiego di persone svantaggiate o con disabilità, nel senso sopra indicato» (Delibera n. 207 del 1° marzo 2017);

CONSIDERATO che in ordine alla questione dell'applicazione del principio di rotazione nell'ambito degli affidamenti alle cooperative sociali il Consiglio di Stato ha chiarito che «*Il principio di rotazione - che per espressa previsione normativa deve orientare le stazioni appaltanti nella fase di consultazione degli operatori economici da consultare e da invitare a presentare le offerte - trova fondamento nella esigenza di evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente (la cui posizione di vantaggio deriva soprattutto dalle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento), soprattutto nei mercati in cui il numero di agenti economici attivi non è elevato. Pertanto, al fine di ostacolare le pratiche di affidamenti senza gara ripetuti nel tempo che ostacolano l'ingresso delle piccole e medie imprese, e di favorire la distribuzione temporale delle opportunità di aggiudicazione tra tutti gli operatori potenzialmente idonei, il principio di rotazione comporta in linea generale che l'invito all'affidatario uscente riveste carattere eccezionale e deve essere adeguatamente motivato, avuto riguardo al numero ridotto di operatori presenti sul mercato, al grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale ovvero all'oggetto e alle caratteristiche del mercato di riferimento*», con la conseguenza che «*La regola della rotazione degli inviti e degli affidamenti - il cui fondamento, come si è visto, è quello di evitare la cristallizzazione di relazioni esclusive tra la stazione appaltante ed il precedente gestore - amplia le possibilità concrete di aggiudicazione in capo agli altri concorrenti, anche (e a maggior ragione) quelli già invitati alla gara, i quali sono lesi in via immediata e diretta dalla sua violazione*» (Cons. Stato, sez. VI, 31 agosto 2017, n. 4125) e che «*Per la giurisprudenza amministrativa, il principio di rotazione determina l'obbligo per le stazioni appaltanti, al fine di evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente, di non invitarlo nelle gare di lavori, servizi e forniture degli appalti "sotto soglia", ovvero, in alternativa, di invitarlo previa puntuale motivazione in ordine alle relative ragioni*» (Cons. Stato, sez. V, 17 gennaio 2019, n. 435);

RITENUTO, pertanto, che la decisione della Stazione appaltante, adottata nell'ambito dei propri poteri discrezionali, di riservare la partecipazione alla gara in esame alle sole cooperative sociali di tipo B è supportata dai presupposti formali richiesti dalla vigente normativa in materia, e ritenuta, altresì,



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

corretta e congrua l'interpretazione del principio di rotazione che ha condotto l'Amministrazione precedente a ritenere legittima, in ogni caso, il mancato invito alla procedura negoziata dell'odierno istante, in quanto affidatario uscente del servizio in gara;

Il Consiglio

ritiene, per le motivazioni che precedono, che la decisione di riservare la partecipazione alla gara *de qua* alle cooperative sociali di tipo B sia conforme alla disciplina normativa di settore.

Il Presidente

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 25 ottobre 2019

Il Segretario Maria Esposito