



DELIBERA N. 633

15 settembre 2021

Oggetto

Istanza di parere singola per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata da CIRFOOD s.c. – Concessione del servizio di ristorazione scolastica in ambito scolastico, pasti a domicilio (S.A.D.) e centri ricreativi estivi (C.R.E.S.) - Importo a base di gara: € 635.857,00 - S.A.: Centrale Unica di Committenza Mantova Sud

PREC 171/2021/S

Riferimenti normativi

Articolo 112 d.lgs. n. 50/2016

Parole chiave

Appalti riservati – Cooperative sociali

Massima

Cooperative sociali – Delimitazione oggetto delle convenzioni ex art. 5 l. n. 381/1991– Appalti riservati ex art. 112 d.lgs. n. 50/2016 – Inapplicabilità

La delimitazione dell'oggetto del contratto alla fornitura di beni e servizi strumentali, ovvero svolti in favore della pubblica amministrazione, prevista per le convenzioni con le cooperative sociali di tipo B dall'art. 5 comma 1, l. n. 381/1990 non trova applicazione nella diversa fattispecie dell'affidamento con diritto di partecipazione riservato alle cooperative sociali disciplinata dall'art. 112 d.lgs. n. 50/2016.

Appalti riservati – Cooperative sociali - Obbligo impiego personale svantaggiato – Clausola sociale – Esigibilità nei limiti di compatibilità con organico del nuovo assuntore

Il precedente affidamento ad un operatore economico "ordinario", in uno con la disciplina volta a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato, non ostano all'indizione di una successiva gara riservata ex art. 112 d.lgs. n. 50/2016 con obbligo, per il nuovo aggiudicatario, di impiego di una percentuale minima di personale svantaggiato, stante l'esigibilità del dovere di assorbimento del personale dell'impresa uscente nei limiti di compatibilità con gli obblighi imposti alla composizione dell'organico del nuovo assuntore.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 15 settembre 2021



Vista l'istanza, acquisita al prot. n. 53368 dell'8 luglio 2021, della società cooperativa CIRFOOD, volta a conoscere il parere dell'Autorità in ordine alla legittimità della procedura indetta dalla CUC Mantova Sud per l'affidamento in concessione del servizio di ristorazione scolastica, sotto il profilo della riserva di partecipazione in favore delle cooperative sociali di cui all'art. 1, comma 1, lett. b), l. n. 381/1991, ai sensi dell'art. 112 d.lgs. n. 50/2016;

Visti i motivi di presunta illegittimità della procedura sollevati dall'istante:

- (i) il disciplinare di gara contempla una clausola sociale che prevede l'assorbimento prioritario nell'organico dell'aggiudicatario del personale già operante alle dipendenze del concessionario uscente. Poiché nel caso in esame il gestore uscente (CIRFOOD) non rientra nella categoria beneficiaria della riserva di partecipazione, il rispetto della clausola impedirebbe alla nuova aggiudicataria di impiegare almeno il 30% di lavoratori svantaggiati nelle prestazioni oggetto dell'affidamento, così come richiesto dall'art. 112, comma 1, d.lgs. n. 50/2016, con la conseguenza che risulterebbe del tutto frustrata la finalità sociale di inserimento nel mondo lavorativo delle persone svantaggiate, che l'amministrazione ha inteso perseguire attraverso la riserva della procedura in favore delle cooperative sociali. CIRFOOD chiede pertanto all'Autorità di valutare se sia consentito alle stazioni appaltanti riservare la partecipazione alla procedura alle cooperative sociali cosiddette "di tipo B" anche nell'ipotesi in cui, come nel caso di specie, il gestore uscente non sia riconducibile nel novero delle predette cooperative, con conseguente impossibilità di ottemperare alla clausola sociale nei riguardi dei lavoratori alle sue dipendenze;
- (ii) secondo la prevalente giurisprudenza, e anche secondo l'Anac, l'affidamento in convenzione alle cooperative sociali ai sensi dell'art. 5, comma 1, l. n. 381/1991, è limitato alla sola fornitura di beni e servizi strumentali, cioè prestati in favore dell'amministrazione e riferibili ad esigenze strumentali della stessa, con esclusione dell'erogazione di servizi pubblici locali. CIRFOOD chiede all'Autorità di valutare se le concessioni riservate ai sensi dell'art. 112 d.lgs. n. 50/2016 siano soggette allo stesso limite delle convenzioni di cui all'art. 5, l. n. 381/1991 per ciò che concerne la tipologia di servizi affidabili, evidenziando che, in caso affermativo, la gara in esame sarebbe illegittima in quanto il servizio di refezione scolastica è classificabile come servizio pubblico locale a domanda individuale (cfr. d.m. 31 dicembre 1983).;

Visto l'avvio dell'istruttoria comunicato in data 23 luglio 2021 con nota prot. n. 57723;

Vista la memoria acquisita al prot. n. 58278 del 27 luglio 2021, nella quale la stazione appaltante ha evidenziato, con riferimento al primo motivo, come, secondo la giurisprudenza, la clausola sociale vada applicata compatibilmente con l'organigramma dell'appaltatore subentrante e con le sue strategie aziendali nonché, con riferimento al secondo motivo, la natura strumentale del servizio di refezione, anche scolastica, rispetto all'esercizio di funzioni proprie dell'ente locale in materia di servizi sociali;

Vista la documentazione acquisita agli atti;

Ritenuto il secondo motivo prioritario, sia sotto il profilo logico che sistematico, in quanto attinente i presupposti per l'attivazione della riserva di cui all'art. 112 d.lgs. n. 50/2016, e pertanto da trattare prioritariamente;

Visto, con riferimento al motivo sub (ii) che, la stazione appaltante ha inteso fare ricorso alla possibilità, concessa dall'art. 112 d.lgs. 50/2016, di riservare il diritto di partecipare alla gara a una categoria di operatori economici, le cooperative sociali di tipo B, il cui scopo principale è l'integrazione professionale delle persone svantaggiate. Ciò emerge dalla delibera di giunta n. 60 del 10-05-2021 recante l'aggiornamento della programmazione biennale degli acquisti di beni e servizi anni 2021 e 2022, dove il Comune di Borgo Virgilio ha esplicitato l'intento di avvalersi del richiamato art. 112 per promuovere il ricorso a cooperative sociali di



tipo B per la gestione del servizio di ristorazione in ambito scolastico, a domicilio e presso i centri ricreativi estivi, tramite la realizzazione di un Progetto Sociale di inserimento lavorativo di persone svantaggiate, in quanto dette cooperative «rappresentano, infatti, una concreta opportunità per le politiche locali del lavoro a beneficio delle persone appartenenti alle categorie svantaggiate al fine di ricondurle in un reale circuito sociale e produttivo, tanto più in un momento storico caratterizzato da estrema difficoltà nell'accesso al mondo del lavoro»;

Visto l'art. 112 d.lgs. 50/2016, che, in un contesto normativo, nazionale ed europeo, sempre più attento all'integrazione di aspetti sociali nella contrattualistica pubblica, consente alle stazioni appaltanti, in presenza di determinate condizioni, di limitare il diritto alla partecipazione alla gara alla categoria di operatori economici ivi indicata. La norma recepisce l'art. 20 dir. 2014/24/UE (nonché l'art. 38 dir. 2014/25/UE e l'art. 24 dir. 2014/23/UE), in coerenza con il criterio di cui alla lettera c) della legge delega n. 11/2016 e, in linea con le previsioni della direttiva, contiene una definizione più ampia – rispetto al previgente omologo art. 52 d.lgs. n. 163/2006 – dei soggetti che rientrano nel suo campo di applicazione, in quanto include tutti gli “operatori economici” (nonché le cooperative sociali e loro consorzi) il cui scopo principale sia l'integrazione sociale e professionale delle persone con disabilità o svantaggiate. La *ratio* della riserva è quella di garantire la partecipazione a operatori economici che potrebbero non essere in grado di ottenere degli appalti in condizioni di concorrenza normali (Considerando n. 36 dir. 2014/24/UE);

Visto l'art. 5, comma 1, l. n. 381/1991, che dispone che gli enti pubblici possano stipulare convenzioni con le cooperative sociali di tipo B, finalizzate alla fornitura di determinati beni e servizi - diversi da quelli socio-sanitari ed educativi - anche in deroga alla disciplina in materia di contratti pubblici, purché detti affidamenti siano di importo inferiore alla soglia di rilevanza comunitaria. La disposizione, tesa anch'essa alla promozione ed all'integrazione sociale, delimita l'oggetto delle convenzioni escludendo che possa essere costituito dall'esecuzione di lavori pubblici e, secondo l'avviso della prevalente giurisprudenza e dell'Autorità, dalla gestione di servizi pubblici locali di rilevanza economica (Cfr. determinazione n. 3 del 1° agosto 2012 “Linee guida per gli affidamenti a cooperative sociali ai sensi dell'art. 5, comma 1, della legge n. 381/1991”). L'utilizzo dello strumento convenzionale è, quindi, ammesso solo per la fornitura di beni e servizi strumentali, cioè svolti in favore della pubblica amministrazione;

Considerato che il rapporto tra l'art. 5, comma 1, l. n. 381/1991 e la disciplina codicistica in materia di appalti riservati è già stato oggetto di vaglio da parte dell'Autorità con riferimento al previgente art. 52 del d.lgs. n. 163/2006. Al riguardo, l'Autorità ha ritenuto che la clausola di salvaguardia posta all'inizio dell'art. 52 (“*Fatte salve le norme vigenti sulle cooperative sociali e sulle imprese sociali*”) stesse ad indicare che le due discipline - quella dell'art. 52 del d.lgs. n.163/2006 e quella della legge n. 381/91 e s.m.i – si muovono in ambiti distinti (Determinazione n. 2 del 23 gennaio 2008). La valutazione di netta distinzione dei piani applicativi delle due disposizioni risultava altresì avvalorata dalla diversità dei rispettivi ambiti soggettivi di applicazione – cooperative sociali di tipo B nell'art. 5, comma 1, l. n. 381/1991 e laboratori protetti (non identificabili *tout court* nelle cooperative sociali, sia per la categoria di persone coinvolte, solo disabili e non tutte le persone svantaggiate, sia per quanto attiene alla percentuale minima di organico che deve essere costituita da disabili) nell'art. 52 d.lgs. n.163/2006;

Ritenuto che il giudizio di separatezza degli ambiti applicativi delle due disposizioni vada ribadito, anche a fronte dell'ampliamento dell'ambito soggettivo di applicazione della riserva disposto, come già accennato, dall'art. 122 d.lgs. n. 50/2016. In questo senso milita la circostanza che l'art. 112 ha mantenuto la iniziale clausola di salvezza della disciplina in materia di cooperative sociali, confermando l'intenzione del legislatore di mantenere distinta tale disciplina speciale dalle norme in materia di contratti pubblici. Inoltre, anche sotto il profilo soggettivo, i due nuclei normativi rimangono comunque disallineati, poiché l'art. 112 risulta applicabile ad una categoria di soggetti più ampia, rappresentata da tutti gli operatori economici il cui scopo principale sia l'integrazione sociale e professionale delle persone con disabilità o svantaggiate (cfr. Parere sulla normativa, deliberazione n. 207 del 10 marzo 2017). Una conclusione in questo senso è stata raggiunta



anche dalla giurisprudenza che ha recentemente evidenziato l'esistenza di una netta distinzione di piani applicativi, l'uno, quello delineato dall'art. 112, "interno" al sistema codicistico, derogatorio quanto all'individuazione dei soggetti legittimati alla partecipazione ma pur sempre ancorato ai moduli procedurali tipizzati di selezione pubblica del contraente, l'altro, quello delineato dall'art. 5, comma 1, l. n. 381/1991, eccentrico rispetto al sistema codicistico, laddove prevede la stipula diretta di convenzioni con le sole cooperative sociali esercenti attività diverse da quelle socio-sanitarie ed educative che siano finalizzate all'inserimento lavorativo delle sole persone svantaggiate (TAR Campania, Salerno, II, n. 1480/2021);

Ritenuto, alla luce di quanto sopra, che non sia applicabile al caso di specie la delimitazione dell'oggetto del contratto alla fornitura di beni e servizi strumentali prevista per le convenzioni di cui all'art. 5 comma 1, l. n. 381/1991, poiché la stazione appaltante ha scelto di non avvalersi del regime derogatorio di cui godono le cooperative sociali e si è mossa nell'ambito del *corpus* normativo codicistico, avviando una procedura aperta con applicazione della riserva consentita dall'art. 112 d.lgs. n. 50/2016 (Cfr. anche Parere di precontenzioso n. 933 del 16 ottobre 2019, nel quale è stata ritenuta legittima l'applicazione della riserva a favore delle cooperative sociali di tipo B in una procedura per l'affidamento della gestione del servizio di refezione scolastica);

Considerato, con riferimento al motivo sub (i), che la *lex specialis* di gara (All. 1 Capitolato) richiede che il personale impiegato complessivamente dalla cooperativa sociale per la gestione della concessione «*deve prevedere una percentuale minima del 30%, sul totale del monte ore, di personale "svantaggiato" come definito dall'art. 4, comma 1, l. n. 381/1991*»;

Considerato che la richiesta di impiego di personale svantaggiato nell'esecuzione del contratto nella percentuale minima indicata nella norma è stata ritenuta dall'Autorità non solo giustificata ma anche doverosa (in ragione delle finalità sociali della disposizione), con riferimento alle convenzioni ex art. 5, comma 1, l. n. 381/1991, nelle Linee guida per l'affidamento di servizi a enti del terzo settore e alle cooperative sociali, delibera n. 32 del 20 gennaio 2016, laddove è stato osservato che un'interpretazione della norma che riferisse la percentuale di lavoratori svantaggiati solo al numero complessivo dei lavoratori della cooperativa rischierebbe di consentire solo in minima parte di raggiungere l'obiettivo dell'inclusione sociale dei soggetti svantaggiati, a fronte di una rilevante compressione della concorrenza e, pertanto, non risulterebbe conforme ai principi di adeguatezza e proporzionalità dell'azione amministrativa. La medesima *ratio* di inclusione sociale alla base dell'art. 112 - il quale, pur non sospendendo la disciplina in materia di concorrenza, ne determina comunque una significativa limitazione (cfr. Considerando n. 36, dir. 2014/24/UE) - induce a ritenere replicabili le medesime considerazioni anche con riferimento alla riserva di cui all'art. 112. Conseguentemente appare conforme alla vigente disciplina la richiesta della stazione appaltante di impiego nella concessione dell'indicata percentuale minima di personale svantaggiato;

Considerato che costituisce *ius receptum* il principio per cui l'applicazione della clausola sociale cd. di imponibile di manodopera non comporta un indiscriminato e generalizzato dovere di assorbimento del personale utilizzato dall'impresa uscente, dovendo tale obbligo essere armonizzato con l'organizzazione aziendale prescelta dal nuovo affidatario. Il riassorbimento del personale è imponibile nella misura e nei limiti in cui sia compatibile con il fabbisogno richiesto dall'esecuzione del nuovo contratto e con la pianificazione e l'organizzazione definita dal nuovo assuntore. Tale principio è applicabile a prescindere dalla fonte che regola l'obbligo di inserimento della clausola sociale, contratto collettivo o Codice dei contratti pubblici (Delibera numero 114 del 13 febbraio 2019, Linee Guida n. 13 recanti "La disciplina delle clausole sociali"). La clausola sociale, infatti, non può alterare o forzare la valutazione dell'aggiudicatario in ordine al dimensionamento dell'impresa e, in tal senso, non può imporre un obbligo di integrale riassorbimento dei lavoratori del pregresso appalto, senza adeguata considerazione delle mutate condizioni del nuovo appalto, del contesto sociale e di mercato o del contesto imprenditoriale in cui dette maestranze si inseriscono (cfr. *ex multis*, Parere AG 44/2013);



Considerato che, nel caso di concessioni riservate ex art. 112 d.lgs. n. 50/2016, l'impiego di una percentuale minima di personale svantaggiato costituisce, come visto, un'ineludibile peculiarità dell'istituto della riserva, attraverso cui si realizza la finalità sociale di reinserimento professionale, che rappresenta la *ratio* e la giustificazione dell'istituto medesimo;

Considerato che l'impiego di personale svantaggiato nella percentuale indicata dalla stazione appaltante caratterizza e qualifica l'organizzazione aziendale predisposta dal soggetto affidatario ai sensi dell'art. 112 ai fini dell'esecuzione del contratto;

Ritenuto che, in ragione del consolidato principio secondo cui l'obbligo di assorbimento dei lavoratori dal precedente affidatario è subordinato alla previa valutazione di compatibilità con l'organizzazione di impresa dell'operatore economico subentrante sia sotto il profilo del numero dei lavoratori che della loro qualifica, la clausola sociale prevista in una gara riservata ai sensi dell'art. 112 d.lgs. n. 50/2016 vada considerata esigibile nei limiti in cui è compatibile con l'obbligo di impiego di personale svantaggiato;

Il Consiglio

ritiene, nei limiti delle motivazioni che precedono,

- l'operato della stazione appaltante conforme alla normativa di settore.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 23 settembre 2021

Per Il Segretario Valentina Angelucci

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente