DELIBERA N. 500 DEL 5 giugno 2019

OGGETTO: Istanza di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata dalla Cooperativa sociale ONLUS Braccia Tese – Procedure negoziate senza previa pubblicazione del bando di gara per l'affidamento del servizio di manutenzione dei locali adibiti a bagni pubblici: Via Sallicano e Villa Comunale; Gestione dei Parchi Fazello, Mannarazze e ingresso Viale Confalonieri e del servizio di prevenzione e tutela del randagismo anno 2019 – Importo a base di gara: rispettivamente euro 39.000 e 39.1000 – S.A.: Comune di Noto
PREC 63/19/S

Il Consiglio

VISTA l'istanza acquisita al prot. n. 17850 del 4 marzo 2019 con cui la Cooperativa sociale ONLUS Braccia Tese lamenta l'illegittima aggiudicazione dei servizi in oggetto alle Cooperative "La Resilienza" e "O.R.O.", gestori uscenti del servizio, per violazione del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti di cui all'art. 36 del d.lgs. 50/2016 e censura l'operato della Commissione di gara che non ha valutato la domanda di partecipazione trasmessa dall'istante entro la scadenza dei termini per la presentazione delle offerte, a nulla rilevando la circostanza di non essere stato invitato alla gara alla luce dei recenti arresti della giurisprudenza amministrativa che, a certe condizioni, obbligherebbero le stazioni appaltanti a valutare le offerte pervenute anche dai soggetti non invitati;

VISTO l'avvio dell'istruttoria comunicato con nota prot. 40724 del 21 maggio 2019 e le memorie pervenute;

VISTA la L. 8 novembre 1991, n. 381, contenente la disciplina delle cooperative sociali, ed in particolare l' art. 5, come novellato dalla L. 23 dicembre 2014, n. 90, ai sensi del quale "*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*";

VISTA la deliberazione dell'ANAC n. 32 del 20 gennaio 2016, contenente le "Linee Guida per l'affidamento dei servizi a enti del terzo settore e alle cooperative sociali" ove l'Autorità ha precisato che "*In assenza di previsioni alternative circa la procedura di affidamento da utilizzare, si ritiene che la materia debba essere disciplinata secondo i canoni previsti dal Codice dei Contratti, avendo a riferimento la natura degli affidamenti. In particolare, le stazioni appaltanti devono utilizzare le procedure previste dagli artt. 124, comma 6, e 125, comma 11, d. lgs. 163/2006, con i relativi obblighi di informazione e pubblicazione, per gli affidamenti di forniture e servizi sotto soglia comunitaria di cui all'Allegato IIA (che ricomprendono la generalità dei servizi strumentali) o la procedura di cui all'art. 27, per gli affidamenti di cui all'Allegato IIB, riservando in entrambi i casi la partecipazione alle sole cooperative sociali di tipo B*";

VISTO l'art. 36 del d.lgs. 50/2016 che ha consacrato la rotazione quale principio generale da rispettare negli affidamenti di importo inferiore alla soglia di rilevanza comunitaria, ivi compresi quelli di importo inferiore a 40.000,00 euro;

VISTO che la giurisprudenza amministrativa ha ritenuto che il principio di rotazione sia un corollario del principio di non discriminazione avente carattere oggettivo in quanto diretto a garantire una concorrenza effettiva, onde evitare situazioni di esclusiva o monopolio nell'esecuzione dell'appalto (T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VI, 28 giugno 2012, n. 3089; T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. II, 14 dicembre 2011, n. 1730) e che quale corollario del principio di non discriminazione, lo ha ritenuto applicabile anche alle procedure di convenzionamento ex art. 5 della l. n. 381/1991 (cfr. T.A.R. Veneto, sez. I, 28 maggio 2018, n. 583; T.A.R. Brescia, sez. II, 26 marzo 2018, n. 354; T.A.R. Veneto, Sez. I, 21 marzo 2018, n. 320);

VISTO che, in riferimento all'ipotesi in cui nella lettera d'invito la stazione appaltante abbia fatto espresso riferimento all'art. 36 del d.lgs. 50/2016, la giurisprudenza ha sottolineato come "*La stazione appaltante si è, dunque, autovincolata alla conduzione della gara secondo le ordinarie regole di cui all'art. 36 del codice dei contratti e, conseguentemente, al rispetto dei principi di cui esse sono espressione, tra cui, in particolare, per quanto di interesse, quello di "rotazione"* (T.A.R. Brescia, sez. II, 26 marzo 2018, n. 354);

CONSIDERATO che dalla memoria trasmessa dal Comune di Noto si evince che le procedure sono state condotte ai sensi dell'art. 36, comma 2, d.lgs. 50/2016, invitando tutte le cooperative sociali esistenti nel territorio comunale e che la Cooperativa Braccia Tese non è stata invitata in quanto non ancora costituita alla data di trasmissione delle lettere d'invito;

RILEVATO che tra le cooperative invitate alle gare e affidatarie dei servizi vi sono anche le coop. "La Resilienza" e "O.R.O." precedenti affidatarie dei medesimi servizi e che tale circostanza appare costituire una violazione del principio della rotazione;

Via M. Minghetti, 10 – 00187 Roma

VISTO che in riferimento alla mancata valutazione della domanda di partecipazione alla gara, che l'istante afferma di aver presentato alla Stazione appaltante- pur in assenza di un formale invito - entro la scadenza dei termini per la presentazione delle offerte, si deve rilevare che la lettera trasmessa non è un'offerta bensì una richiesta di invito ad offrire; infatti, la Cooperativa Braccia Tese ha richiesto di ricevere regolare lettera d'invito per la partecipazione alla procedura negoziata ai sensi dell'art.36 D.lgvo. 50/16, al fine di essere ammessa alla gara, con la conseguenza che la giurisprudenza citata nell'istanza – che obbligherebbe la stazione appaltante a valutare anche le offerte presentate dagli operatori economici non invitati entro la scadenza dei termini fissati dal bando di gara - appare inconferente, non essendovi, nel caso di specie, alcuna offerta valutabile;

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, non conforme alla normativa di settore l'aggiudicazione dei servizi in oggetto ai gestori uscenti.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 13 giugno 2019

Il Segretario Maria Esposito

Via M. Minghetti, 10 – 00187 Roma