

Parere n.215 del 24/11/2011

PREC 81/11/S

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie *ex* articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dalla Splendor Società Coop. a Mutualità Prevalente – “*Procedura in economia per l’affidamento del servizio di pulizia degli uffici comunali per il periodo decorrentepresumibilmente dal 1° giugno 2011 al 31 maggio 2013 e, comunque, per la durata di anni due dall’effettivo inizio del servizio*” – Criterio di aggiudicazione: prezzo più basso – Importo a base d’asta: euro 56.400,00 – S.A.: Comune di Bitritto (Bari).

Il Consiglio

Vista la relazione dell’Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 6 aprile 2011 è pervenuta l’istanza in epigrafe, con la quale la Splendor Società Coop. a Mutualità Prevalente ha chiesto una pronuncia di questa Autorità in merito alla legittimità della procedura di selezione attivata dal Comune di Bitritto per l’affidamento in economia del servizio in oggetto, riservata esclusivamente a Cooperative sociali di tipo B, di cui all’art. 1 della Legge 8/11/1991, n. 381. Più specificamente l’istante chiede “...*se è giusto che un ente pubblico debba riservare la partecipazione ad una gara ad una sola categoria di impresa*”.

In riscontro all’istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 28 aprile 2011, la S.A. ha ribadito la correttezza del proprio operato, evidenziando come segue le fasi della procedura contestata.

Con deliberazione n. 18 del 15/3/2011, la Giunta Municipale, nel fissare i criteri guida per la redazione del Capitolato Speciale d’Appalto del servizio di pulizia degli uffici comunali, per la durata di anni due, incaricava il responsabile di individuare l’esecutore del servizio tra le Cooperative sociali di tipo b), di cui alla legge 8/11/1991, n. 381.

Con determinazione n. 28 del 30/3/2011, il responsabile del servizio AA.GG. ha approvato il C.S.A. e la spesa relativa per un importo a b.a. di euro 56.400,00 e disposto di affidare l’esecuzione del servizio con il sistema del cottimo fiduciario, atteso che, a mente dell’art. 8, comma 1, punto 1.12 del Regolamento comunale per i lavori, i servizi e le forniture in economia, adottato in esecuzione dell’art. 125 del D.Lgs. n. 163/2006, i “*servizi di pulizia degli edifici e di gestione delle proprietà immobiliari di cui all’allegato II A, categoria 14, numeri di riferimento 874 e da 82201 a 82206*” sono individuati quali prestazioni da eseguirsi in economia.

Al fine di procedere all’invio della lettera di invito per la partecipazione alla procedura di cui sopra ad almeno 5 ditte, così come prescritto dall’art. 13 del suddetto Regolamento, è stato affisso all’Albo Pretorio del Comune e pubblicato all’Albo pretorio *on-line* e sul sito istituzionale dell’Ente, dal 31 marzo 2011 all’8 aprile 2011, un avviso esplorativo per l’acquisizione di manifestazioni di interesse a partecipare alla predetta procedura.

Ritenuto in diritto

La questione controversa oggetto del presente esame concerne la legittimità della procedura di selezione attivata dal Comune di Bitritto per l'affidamento in economia del servizio di pulizia degli uffici comunali, riservata esclusivamente a Cooperative sociali di tipo B, di cui all'art. 1 della Legge 8/11/1991, n. 381.

L'art. 1 della legge 8 novembre 1991 n. 381, al comma 1, prevede che “*le cooperative sociali hanno lo scopo di perseguire l'interesse generale della comunità alla promozione umana e all'integrazione sociale dei cittadini attraverso: a) la gestione dei servizi socio-sanitari ed educativi; b) lo svolgimento di attività diverse - agricole, industriali, commerciali o di servizi - finalizzate all'inserimento lavorativo di persone svantaggiate*”; pertanto, alla tipologia a) appartengono le cooperative che svolgono attività di gestione di servizi socio - sanitari ed educativi; alla tipologia b) appartengono quelle che svolgono attività diverse (agricole, industriali, commerciali o di servizi) finalizzate all'inserimento lavorativo di persone svantaggiate; ai sensi degli artt. 1, 4 e 5 della citata legge, è possibile la costituzione di cooperative sociali ad oggetto plurimo, impegnate cioè in entrambe le attività di cui ai punti a) e b), che possono dunque partecipare a pubbliche gare (TAR Sicilia, Catania, Sez. III, 3/3/2009, n. 467).

Con riferimento alla fattispecie considerata, occorre precisare che alla scadenza del termine dell'avviso esplorativo, sono state invitate alla procedura tutte le cooperative sociali di tipo b) che hanno avanzato istanza di partecipazione e che nessuna istanza è pervenuta da parte della Splendor Società Coop. a Mutualità Prevalente, né è stato notificato ricorso alcuno alla S.A.. Ora, il soggetto che non ha presentato domanda di partecipazione ad una procedura di gara non ha solitamente legittimazione ad impugnare davanti al giudice amministrativo le modalità di svolgimento della stessa o il suo esito.

Tuttavia, secondo l'orientamento attualmente prevalente—trasfuso nell'art. 120, comma 5, del Codice del processo amministrativo—qualora la *lex specialis* contenga clausole discriminatorie autonomamente lesive e, comunque, ostative alla partecipazione alla gara, tali che la presentazione della relativa domanda si risolverebbe in un adempimento formale inevitabilmente seguito da un atto di esclusione, l'interesse a impugnare il bando sussiste (anche) a prescindere dalla mancata presentazione della domanda (cfr. in termini Cons. Stato, Sez. V, 9.4.2010, n. 1999; Id., 19.3.2009, n. 1624; Cons. Stato, Sez. IV, 30.5.2005, n. 2804; TAR Umbria, 14.10.2010, n. 489; TAR Umbria, 24.11.2010, n. 513; T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 29/12/2010, n. 38955).

Quest'ultima è l'ipotesi da considerare nella fattispecie in esame dove l'istante sembrerebbe contestare – senza però aver adito il G.A. a pena di decadenza – in radice la gara stessa, affinché essa venga rinnovata, al fine di consentire la partecipazione ad essa anche alla categoria dei soggetti cui presumibilmente appartiene lo stesso istante, attualmente esclusa sulla base della normativa di gara. Vale al riguardo ricordare che non sono consentite dall'ordinamento forme di tutela intese alla mera attuazione dell'interesse alla legittimità dell'azione amministrativa o alla salvaguardia di interessi c.d. diffusi.

Nella fattispecie in esame, invero, la partecipazione alla gara è preclusa dalla stessa “determinazione a contrarre”, di cui alla richiamata deliberazione della Giunta Municipale n. 18 del 15.3.2011, e dal conseguente avviso di gara, da impugnare autonomamente nel prescritto termine di decadenza (cfr. Cons. Stato, sez. IV n.1925 del 10.4.12002), non potendo successivamente la *lex specialis* di gara essere disapplicata né dall'Amministrazione né dal Giudice amministrativo.

Senonché, nel merito, non appare fondata, nei limiti appresso indicati, la doglianza dell'istante, secondo cui non era consentito riservare, sulla base della L. n.381 dell'8.11.1991, alle (sole) cooperative sociali di tipo b) la partecipazione alla procedura per l'affidamento del servizio

pubblico in oggetto, in ragione dei principi costituzionali di uguaglianza ed imparzialità della normativa statale e della normativa comunitaria in tema di appalti pubblici.

Può, per contro, ammettersi che la facoltà concessa alle cooperative sociali di tipo b) di stipulare convenzioni con le amministrazioni pubbliche nei limiti indicati, comporti anche la possibilità per l'amministrazione pubblica di indire gare di appalto, per la fornitura di beni e servizi diversi da quelli socio-sanitari ed educativi, e quindi, riservati alle cooperative di tipo b), sebbene tale deroga valga unicamente per l'ordinamento interno, ma non per gli appalti soggetti alla normativa comunitaria, quale certamente non è l'appalto in esame, di importo inferiore alla soglia comunitaria. Tanto è vero che poi l'art. 5 L. n.381/1981 è stato sostituito dall'art. 20 L.6.12.1996 n.56, che ha, appunto, espressamente previsto che le suddette convenzioni possono riguardare solo 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 (Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 14.2.2003, n. 794; TAR Calabria, Reggio Calabria, 6/3/2007, n. 205).

Tale circostanza non determina di per sé alcuna turbativa della concorrenza e della *par condicio* nell'accesso ai pubblici appalti, costituendo il riflesso dell'applicazione di una normativa speciale rivolta ad obiettivi di interesse pubblico.

In conclusione, quindi, si può ritenere conforme all'ordinamento di settore l'operato della S.A. che, nella "determinazione a contrarre", ha riservato la procedura di scelta del contraente alle sole cooperative sociali del tipo b), in quanto in possesso dei requisiti necessari per lo svolgimento delle attività rientranti nel servizio oggetto dell'appalto (Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 10 gennaio 2007, n. 37).

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'operato della S.A. sia conforme all'ordinamento di settore.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente f.f.: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 5 dicembre 2011

Il Segretario: Maria Esposito