

Pubblicato il 13/11/2017

N. 00351/2017 REG.PROV.COLL.
N. 00258/2017 REG.RIC.

 logo

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli Venezia Giulia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 258 del 2017, proposto da:

Consorzio Formula Ambiente - Soc. Coop Sociale, rappresentato e difeso dagli avv.ti Franco Gaetano Scoca e Emilio Potena, domiciliato ex lege presso la Segreteria Generale del T.A.R., in Trieste, piazza Unità d'Italia n. 7;

contro

AcegasApsAmga S.p.A., rappresentato e difeso dall'avv. Alessandro Lolli, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Gianni Zgagliardich, in Trieste, piazza Sant'Antonio Nuovo n. 2;

per l'accertamento della illegittimità e l'annullamento, previa sospensione cautelare dell'efficacia

del provvedimento con il quale la AcegasApsAmga S.p.a. ha disposto l'esclusione del ricorrente dalla procedura ristretta per l'affidamento del servizio di spazzamento manuale e meccanizzato, comprese prestazioni accessorie di altri servizi ambientali, da eseguirsi nel

territorio del Comune di Trieste suddiviso in due lotti (Lotto 1 CIG 7012362030, Lotto 2 CIG 70123706C8 — Procedimento SRM 1712000132), notificato al Consorzio ricorrente in data 18 luglio 2017, nonché di ogni altro atto presupposto, conseguente o altrimenti connesso e del contratto d'appalto qualora dovesse venire stipulato in pendenza del presente giudizio.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Acegasapsamga S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 novembre 2017 la dott.ssa Alessandra Tagliasacchi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Visto l'articolo 120, commi 2-bis, 6-bis e 9, Cod. proc. amm.;

Visto, altresì, l'articolo 70 Cod. proc. amm.;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.1. La società AcegasApsAmga S.p.A., impresa pubblica ai sensi dell'articolo 3, comma 1, lettera t), D.Lgs. n. 50/2016, ha bandito la procedura ristretta per l'aggiudicazione, secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dell'appalto - suddiviso in due lotti - del servizio di spazzamento manuale e meccanizzato, dei servizi stagionali, del servizio di raccolta r.s.u., ivi comprese le prestazioni accessorie, nel territorio del Comune di Trieste per la durata di ventiquattro mesi prorogabili di altri dodici.

1.2. Il bando di gara prevede che gli operatori economici che intendano partecipare presentino — tra le altre cose — una

dichiarazione dalla quale risulti *«l'impegno di applicare ai dipendenti della/e impresa/e appaltatrice/i dedicati all'esecuzione del servizio l'applicazione del CCNL Utilitalia Servizi Ambientali nonché eventuale Contrattazione Collettiva Territoriale, in vigore nella zona ove si svolge l'appalto».*

2.1. Alla procedura ha partecipato anche il Consorzio Formula Ambiente società cooperativa sociale, indicando come impresa esecutrice di parte delle prestazioni la propria consorziata Il Mandorlo società cooperativa sociale.

Il Consorzio ha allegato alla domanda la dichiarazione di cui al punto che precede; l'impresa consorziata ha dichiarato, invece, *«di applicare ai dipendenti che eseguiranno la parte del servizio oggetto dell'appalto che andremo a svolgere, il C.C.N.L. delle Cooperative Sociali, nelle more di quanto previsto dall'art. 8 bis [...] del C.C.N.L. di Utilitalia Servizi Ambientali applicato dal Consorzio Formula Ambiente Soc. Coop. Sociale».*

2.2. La società AcegasApsAmga S.p.A., non ritenendo la dichiarazione resa da Il Mandorlo società cooperativa conforme alle prescrizioni della lex specialis di gara, ha escluso dalla procedura il Consorzio Formula Ambiente.

3. Avverso il provvedimento dalla gara di esclusione insorge il Consorzio Formula Ambiente, chiedendone l'annullamento previa sospensione cautelare dell'efficacia, per i seguenti motivi di illegittimità:

I[^]. “Violazione di legge: violazione degli artt. 30 co. 4, 80 e 83 del D.Lgs. 50/2016”, non potendo la stazione appaltante imporre ai concorrenti, a pena di esclusione, l'applicazione di un determinato CCNL;

II[^]. “Violazione di legge ed eccesso di potere per travisamento dei presupposti in punto di diritto – art. 8 bis del CCNL Utilitalia Servizi

Ambientali, art. III.1.1. lett. d) del bando di gara”, per non aver considerato la stazione appaltante che è lo stesso CCNL da essa prescelto a consentire una, sia pure limitata, deroga alla propria applicazione, al fine di consentire l’inserimento nel mondo del lavoro delle persone svantaggiate, e che è per l’appunto di tale deroga che Il Mandorlo cooperativa sociale intende avvalersi.

4.1. Si è costituita in giudizio la società AcegasApsAmga S.p.A., eccependo preliminarmente l’inammissibilità del ricorso per omessa impugnazione del bando e per non aver contestato il superamento da parte della committente medesima del limite del 5% previsto dall’articolo 8 bis del CCNL Utilitalia Servizi Ambientali.

4.2. Nel merito parte resistente oppone:

- quanto al primo motivo di ricorso, che l’esistenza di una clausola sociale all’interno del bando di gara impedisce di applicare un CCNL diverso, che il nuovo Codice dei contratti, a differenza della disciplina previgente (cui si riferiscono i precedenti citati da controparte), e a maggior ragione la normativa speciale sui rifiuti (contenuta nel D.Lgs. n. 152/2006) consentono alla stazione appaltante di imporre l’utilizzazione di un determinato CCNL, che il CCNL Cooperative sociali non è attinente all’oggetto dell’appalto;
- quanto al secondo motivo di ricorso, che il bando non consentiva di usufruire della deroga del 5% prevista dall’articolo 8 bis del CCNL Utilitalia Servizi Ambientali, che, comunque, detta deroga va calcolata avuto riguardo alla condizione del committente e non a quella dell’appaltatore, e AcegasApsAmga S.p.A. ha già raggiunto il suddetto limite, e che, inoltre, manca il necessario accordo tra le parti sociali.

5. Le parti hanno ulteriormente esposto i rispettivi argomenti in successivi scritti difensivi, tutti tempestivamente depositati rispetto ai termini di cui al comma 6 bis dell'articolo 120 del Codice di rito, ivi compreso quello della ricorrente del 3 novembre 2017 per il quale parte resistente ha avanzato eccezione – infondata – di tardività.

6. Rinunciata da parte del ricorrente la domanda cautelare, stante l'impegno della stazione appaltante ad attendere gli esiti del giudizio, la causa è stata chiamata alla pubblica udienza dell'8 novembre 2017 e in quella sede è stata trattenuta in decisione.

7.1. Il ricorso è fondato.

7.2.1. Innanzitutto, il Tribunale ritiene che sia meritevole di riconferma l'orientamento giurisprudenziale sviluppatosi sotto la vigenza del precedente Codice dei contratti pubblici secondo cui *«la scelta del contratto collettivo da applicare rientra nelle prerogative di organizzazione dell'imprenditore e nella libertà negoziale delle parti, col solo limite che esso risulti coerente con l'oggetto dell'appalto»* (così, C.d.S., Sez. V[^], sentenza n. 932/2017).

La nuova disciplina, quanto meno nella versione applicabile ratione temporis del comma 4 dell'articolo 30 del D.Lgs. n. 50/2016 (cfr., T.A.R. Veneto, Sez. I[^], sentenza n. 957/2017), non ha innovato il quadro normativo previgente, che già imponeva la coerenza fra il settore regolamentato dal CCNL scelto dall'appaltatore e le prestazioni oggetto del contratto pubblico.

7.2.2. Ne consegue che la sopra illustrata previsione del bando di gara, coerentemente con il principio di tassatività delle cause di esclusione cristallizzato nell'articolo 83, comma 8, D.Lgs. n. 50/2016, deve essere interpretata nel senso che la mancata applicazione del CCNL Utilitalia Servizi Ambientali non può

determinare l'espulsione dalla procedura di gara del partecipante che si avvalga di altro CCNL, purché coerente con l'oggetto del contratto da aggiudicare.

Tale interpretazione deve essere preferita, in osservanza al principio di conservazione di cui all'articolo 1367 Cod. civ., applicabile agli atti amministrativi, poiché diversamente la clausola sarebbe nulla e la nullità è rilevabile anche d'ufficio, ex articolo 31, comma 4, Cod. proc. amm..

7.3.1. Nel caso di specie, poi, la sanzione espulsiva risulta ancor più ingiustificata, considerato che il Consorzio Formula Ambiente ha formalmente dichiarato di applicare il CCNL Utilitalia Servizi Ambientali, così come richiesto dalla lex specialis di gara.

7.3.2. Diversamente da quanto sostiene parte resistente, il bando di gara non conteneva alcuna limitazione all'applicazione del suddetto CCNL, in particolare non escludeva l'applicazione della previsione contenuta nell'articolo 8 bis e, quindi, della possibilità ivi prevista di impiegare per una limitata parte lavoratori svantaggiati, da remunerare secondo il relativo CCNL (i.e. quello delle Cooperative sociali).

7.3.3. Parimenti non è condivisibile la tesi di parte resistente per cui il rispetto del limite del 5% va verificato con riguardo alla situazione del committente (nel caso di specie AcegasApsAmga S.p.A.) e non a quella dell'appaltatore (nel caso di specie il Consorzio Formula Ambiente).

Il CCNL, al pari di ogni altro contratto, "ha forza di legge tra le parti" e di regola "non produce effetto rispetto ai terzi", giusta quanto prevede l'articolo 1372 Cod. civ..

Parti del rapporto negoziale disciplinato dal CCNL sono il datore di lavoro e i dipendenti dello stesso. Poiché, il CCNL Utilitalia Servizi Ambientali regola le condizioni di lavoro dei dipendenti dell'appaltatore, è all'appaltatore che occorre guardare per verificare se ricorrono le condizioni per impiegare nell'appalto lavoratori svantaggiati.

Rispetto al CCNL in questione il committente (i.e. AcegasApsAmga S.p.A.) è terzo, sicché è del tutto irrilevante che esso committente abbia assegnato altri appalti a Cooperative sociali che impiegano lavoratori svantaggiati.

7.4. Va da sé, peraltro, che il Consorzio Formula Ambiente e la sua consorziata Il Mandorlo cooperativa sociale potranno impiegare, per l'esecuzione delle prestazioni oggetto dell'appalto per cui è causa (in ipotesi di aggiudicazione a loro favore), lavoratori svantaggiati solo se ricorrano tutte le altre condizioni per avvalersi della previsione derogatoria.

In particolare, l'opzione sarà attivabile solo laddove residui spazio per impiegare altri lavoratori oltre a quelli che passeranno, in virtù della clausola sociale contenuta nella lex specialis di gara, dall'attuale gestore del servizio al nuovo gestore.

8.1. In definitiva, il ricorso è fondato e viene accolto: per l'effetto è annullata l'esclusione dalla gara del Consorzio Formula Ambiente società cooperativa sociale.

8.2. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate nella misura indicata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli Venezia Giulia - Sezione Prima, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie.

Condanna parte resistente a rifondere al ricorrente le spese di giudizio, che liquida in complessivi Euro 2.500,00, oltre ad accessori di legge.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Trieste nella camera di consiglio del giorno 8 novembre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Oria Settesoldi, Presidente

Manuela Sinigoi, Consigliere

Alessandra Tagliasacchi, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Alessandra Tagliasacchi

IL PRESIDENTE
Oria Settesoldi

IL SEGRETARIO