

Publicato il 21/07/2017

N. 00639/2017 REG.PROV.COLL.
N. 00209/2017 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 la Liguria

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 209 del 2017, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

La Cascina Global Service s.r.l, in persona del legale rappresentante, Vivenda S.p.A., in persona del legale rappresentante, rappresentati e difesi dall'avvocato Michele Perrone, domiciliato in Genova, via dei Mille, N.9 presso la Segreteria Tar Liguria;

contro

Comune di Genova, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Aurelio Domenico Masuelli, con domicilio eletto presso il suo studio in Genova, via Garibaldi 9;

nei confronti di

Cooperativa Italiana di Ristorazione S.C. - Cir Food S.C., in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dall'avvocato Eugenio Dalli Cardillo, con domicilio eletto presso lo studio Camilla Dolcini in Genova, piazza L. Da Vinci N. 2/3;

Cooperativa Sociale Villa Perla Service Societa' Cooperativa A.R.L.
O.N.L.U.S. non costituito in giudizio;

per l'annullamento

(per quanto riguarda il ricorso introduttivo)

previa sospensione cautelare dell'efficacia

- del provvedimento di esclusione contenuto nel verbale di seduta riservata del 9.2.2017 comunicato con nota prot. 60507 del 21.2.2017 e della comunicazione di esclusione nota prot. 51348 del 14.2.2017 dalla gara indetta dal Comune di Genova “per il conferimento in appalto del servizio di ristorazione scolastica, a ridotto impatto ambientale relativo a quattro lotti municipali” relativamente al lotto Medio Ponente (CIG 6751998503).
- di tutti gli atti e le comunicazioni del sub procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta;
- di tutti i verbali di gara e atti e provvedimenti della procedura;
- ove occorra, della determinazione dirigenziale della Direzione Scuola e Politiche Giovanili - Settore Gestione Servizi per l'infanzia e la scuola dell'obbligo n. 2016-146.4.0.-76 come modificata dalle determinazioni dirigenziali n.2016-146.4.0.-107 e n.2016-146.4.0.-111, del bando, punto “Condizioni di esecuzione”, e del capitolato, art. 21, ove si interpretassero nel senso della obbligatorietà dell'assunzione di tutto il personale in forza al gestore uscente;
- del provvedimento di aggiudicazione del lotto Medio Ponente (CIG 6751998503) in favore della controinteressata, di data ed estremi non noti, e di ogni altro atto allo stesso preordinato, conseguente e/o comunque connesso.

Nonché per l'eventuale dichiarazione di inefficacia del contratto, ove stipulato nelle more del giudizio e per la condanna al risarcimento del danno da pronunciarsi nella forma della reintegrazione in forma specifica, con riserva di agire, con un separato giudizio, per il risarcimento per equivalente monetario ai sensi e nei termini di cui all'art. 30, comma 5, d.lgs. n. 104/2010. null null null

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da LA CASCINA GLOBAL SERVICE S.R.L il 3\4\2017 :

per l'annullamento

- del provvedimento di esclusione contenuto nel verbale di seduta riservata del 9.2.2017 comunicato con nota prot. 60507 del 21.2.2017 e della comunicazione di esclusione nota prot. 51348 del 14.2.2017 dalla gara indetta dal Comune di Genova “per il conferimento in appalto del servizio di ristorazione scolastica, a ridotto impatto ambientale relativo a quattro lotti municipali” relativamente al lotto Medio Ponente (CIG 6751998503).
- di tutti gli atti e le comunicazioni del sub procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta;
- di tutti i verbali di gara e atti e provvedimenti della procedura;
- ove occorra, della determinazione dirigenziale della Direzione Scuola e Politiche Giovanili - Settore Gestione Servizi per l'infanzia e la scuola dell'obbligo n. 2016-146.4.0.-76 come modificata dalle determinazioni dirigenziali n.2016-146.4.0.-107 e n.2016-146.4.0.-111, del bando, punto “Condizioni di esecuzione”, e del capitolato, art. 21, ove si interpretassero nel senso della obbligatorietà dell'assunzione di tutto il personale in forza al gestore uscente;

- del provvedimento di aggiudicazione del lotto Medio Ponente (CIG 6751998503) in favore della controinteressata, prot. n. 2017_146.4.0-27 del 2017, e della relativa nota di comunicazione prot. 69274 del 28.2.2017, e di ogni altro atto allo stesso preordinato, conseguente e/o comunque connesso.

Nonché per l'eventuale dichiarazione di inefficacia del contratto, ove stipulato nelle more del giudizio e per la condanna al risarcimento del danno da pronunciarsi nella forma della reintegrazione in forma specifica, con riserva di agire, con un separato giudizio, per il risarcimento per equivalente monetario ai sensi e nei termini di cui all'art. 30, comma 5, d.lgs. n. 104/2010.

Per quanto riguarda il ricorso incidentale presentato da Cir food il 13 \4\2017 :

- della determinazione dirigenziale n. 2017-146.4.0.-27 del Comune di Genova adottata in data 28.02.2017, resa esecutiva il 15.03.2017, relativa all'aggiudicazione definitiva del lotto Medio Ponente della procedura aperta indetta per l'affidamento del servizio di ristorazione scolastica comunale all'ATI CIR Food – Villa Perla Service (doc. 17), limitatamente ai motivi di cui al presente ricorso incidentale;

- del verbale cron. 30 relativo alla seduta pubblica di gara del 14.02.2017 (doc. 15) in occasione della quale la Commissione giudicatrice, accertata l'incongruità dell'offerta dell'operatore primo classificato, disponeva lo scorrimento in graduatoria conseguentemente individuando quale migliore offerta quella del RTI CIR Food – Villa Perla Service, limitatamente ai motivi di cui al presente ricorso incidentale;

- della nota prot. n. 51348 del 14.02.2017 (doc. 16) con cui il Comune di Genova comunicava al RTI La Cascina Global Service –

Vivenda l'esclusione dalla procedura aperta per il conferimento in appalto del servizio di ristorazione scolastica comunale, limitatamente ai motivi di cui al presente ricorso incidentale;

- della valutazione di non congruità dell'offerta del RTI La Cascina Global Service – Vivenda redatta in data 09.02.2017 dal Comune di Genova (doc. 23), limitatamente ai motivi di cui al presente ricorso incidentale;

- del verbale, ad oggi ignoto, relativo all'audizione avvenuta in data 01.02.2017 da parte del Comune di Genova del RTI La Cascina Global Service – Vivenda, limitatamente ai motivi di cui al presente ricorso incidentale;

- della nota prot. n. 25011 del 24.01.2017 (doc. 20) per il tramite della quale la Stazione appaltante domandava al RTI La Cascina Global Service – Vivenda ulteriori chiarimenti in merito alla sostenibilità economica, limitatamente ai motivi di cui al presente ricorso incidentale;

- della nota prot. n. 429681 del 23.12.2016 (doc. 18) con cui il Comune di Genova richiedeva al RTI La Cascina Global Service – Vivenda di giustificare la propria offerta risultata in gara presuntivamente anomala, limitatamente ai motivi di cui al presente ricorso incidentale;

- del verbale cron. 198 della seduta pubblica del seggio di gara per la verifica della documentazione amministrativa tenutasi in data 09.11.2016 (doc. 12), limitatamente ai motivi di cui al presente ricorso incidentale;

- dei verbali nn. 5° del 06.12.2016 e 6° del 14.12.2016 (doc. 13) della Commissione giudicatrice di verifica, in seduta riservata, della

documentazione tecnica presentata dalle Ditte offerenti, limitatamente ai motivi di cui al presente ricorso incidentale;

- del verbale cron. 217 della seduta pubblica del seggio di gara per l'apertura e la valutazione dell'offerta economica tenutasi in data 19.12.2016 (doc. 14), limitatamente ai motivi di cui al presente ricorso incidentale;

- per quanto occorrer possa, della determinazione dirigenziale n. 2016-146.4.0.-141 adottata dal Comune di Genova (doc. 11) con la quale veniva nominata la commissione giudicatrice, limitatamente ai motivi di cui al presente ricorso incidentale;

- per quanto occorrer possa, delle determinazioni dirigenziali nn. 2016-146.4.0.-76 (doc. 1), 2016-146.4.0.-107 (doc. 2) e 2016-146.4.0.-111 (doc. 3) del Comune di Genova relative all'indizione della gara e all'approvazione della normativa di gara, limitatamente ai motivi di cui al presente ricorso incidentale;

- per quanto occorrer possa, del Bando di gara (doc. 4), del Disciplinare di gara e dei relativi allegati (doc. 5) e del Capitolato Speciale d'appalto (doc. 6) e dei relativi allegati (doc. 7, 8, 9), limitatamente ai motivi di cui al presente ricorso incidentale;

- per quanto occorrer possa, di tutti i chiarimenti pubblicati dalla Stazione appaltante anteriormente al termine di presentazione delle offerte (doc. 10), limitatamente ai motivi di cui al presente ricorso incidentale;

- di ogni altro atto presupposto, connesso e susseguente, ancorché ignoto che non confermi la legittimità dell'esclusione dalla gara già disposta dalla Stazione appaltante del RTI La Cascina Global Service – Vivenda.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Genova e di Cooperativa Italiana di Ristorazione S.C. - Cir Food S.C.;
Visto l'atto di costituzione in giudizio di proposto dal ricorrente incidentale Cooperativa Italiana di Ristorazione S.C. - Cir Food S.C.;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 giugno 2017 il dott. Luca Morbelli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con determinazione dirigenziale del 23/8/2016, il Comune di Genova ha indetto una procedura aperta per l'affidamento in appalto del servizio di ristorazione scolastica relativo a quattro lotti municipali per l'importo complessivo € 22.799.298,75 da aggiudicare secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, ai sensi dell'art. 95, comma 2, D. Lgs. n. 50/2016.

Per il lotto "Medio Ponente", oggetto della presente controversia, l'importo posto a base di gara è stato di € 3.746.242,75.

Per il predetto lotto, sono state presentate n. 2 offerte: quella del costituendo RTI La Cascina Global Service Srl/Vivenda Spa (di seguito RTI La Cascina/Vivenda), odierno ricorrente principale, e quella del costituendo RTI CIR Food S.c./Villa Perla Service Coop. Soc. a r.l. Onlus (di seguito RTI Food/Villa Perla), controinteressato e ricorrente incidentale.

Al termine della valutazione dell'offerta tecnica e di quella economica, il RTI La Cascina/Vivenda si è classificato al primo posto in graduatoria, con una offerta economica pari ad € 3.474.976,95 (con una percentuale di ribasso pari al 6,288%).

L'offerta del predetto RTI è stata considerata anomala, sicché, con nota prot. n. 429681 del 23/12/2016, la Stazione appaltante ha richiesto al medesimo raggruppamento di fornire le precisazioni utili per la verifica di congruità.

Il raggruppamento ha reso le precisazioni richieste con nota del 10/1/2017.

Non ritenendo esaurienti le giustificazioni presentate, il Comune di Genova ha convocato il concorrente per l'audizione orale del giorno 1/2/2017, chiedendo altresì di anticipare le ulteriori giustificazioni con una relazione da inviare a mezzo p.e.c.

Il RTI ha trasmesso al Comune la relazione in data 31/1/2017.

Fornite successivamente le precisazioni ulteriori in sede di audizione orale del giorno 1/2/2017, nella seduta riservata del 9/2/2017, il Comune ha ritenuto di dover escludere l'offerta del RTI La Cascina/Vivenda per incongruità in relazione al costo del personale.

Nello specifico, detta incongruità è stata ricondotta alla violazione della clausola sociale prevista dall'art. 21 del Capitolato speciale, la quale avrebbe imposto ai concorrenti di assumere tutto il personale in forza dell'appaltatore uscente a prescindere dal contenuto delle proprie offerte tecniche.

L'esclusione dalla procedura di gara è stata comunicata con nota prot. 51348 del 14/2/2017.

A tale comunicazione ha fatto seguito la nota prot. 60507 del 21/2/2017 con la quale il Comune ha trasmesso il verbale di seduta riservata del 9/2/2017, contenente le motivazioni dell'esclusione.

Con ricorso notificato in data 16 marzo 2017, il RTI La Cascina/Vivenda ha impugnato i provvedimenti di cui in epigrafe, deducendo i seguenti profili di illegittimità.

Il primo motivo di ricorso è così rubricato: "Violazione e falsa applicazione dell'art. 50 del d.lgs. 50/2016. Violazione e falsa applicazione dell'art. 21 del C.S.A. Eccesso di potere (irragionevolezza, contraddittorietà, violazione del principio di buon andamento dell'azione amministrativa). Violazione dell'art. 41 della Costituzione e del principio della libertà di impresa. Violazione e falsa applicazione del CCNL di categoria. Violazione degli articoli 18, comma 2, e 70 della direttiva UE 24/2014/UE".

Secondo la tesi del ricorrente, la clausola sociale non avrebbe imposto l'obbligo di assumere la totalità dei lavoratori alle dipendenze del precedente gestore, ma avrebbe prescritto semplicemente di assumere un numero di lavoratori tale da assicurare il servizio, attingendo prioritariamente dalla platea dei dipendenti del gestore uscente.

In base a tale erronea interpretazione della clausola sociale, l'Amministrazione avrebbe imputato all'offerta del ricorrente dei costi ulteriori relativi al personale tali da determinare l'incongruità dell'offerta.

Il provvedimento di esclusione sarebbe inoltre contraddittorio in considerazione del fatto che la ricorrente è risultata aggiudicataria della procedura di gara relativa al lotto "Media Valbisagno" senza offrire l'assorbimento integrale del personale dell'operatore uscente.

Con il secondo motivo di gravame, il RTI ricorrente ha dedotto “Violazione e falsa applicazione dell’art. 97 del d.lgs. 50/2016. Eccesso di potere (irragionevolezza, contraddittorietà, difetto di istruttoria, vizio della motivazione)”, in quanto la perdita ipotizzata dall’Amministrazione sarebbe insussistente in ragione, da un lato, del computo di costi che in realtà non sarebbero stati sostenuti e, dall’altro, dell’omesso calcolo di una serie di ulteriori risparmi quali quelli per la mancata assunzione del personale a tempo determinato, per la scadenza immediata del personale a tempo determinato, per la copertura della quota parte dei costi per la direzione nonché la riserva costituita dall’utile di impresa.

Nel frattempo, la Stazione appaltante ha aggiudicato la gara al RTI CIR Food/Villa Perla con provvedimento prot. n. 2017_146.4.0-27 del 2017, comunicato in data 28/2/2017.

Anche tale aggiudicazione è stata fatta oggetto d’impugnazione da parte del RTI La Cascina/Vivenda con motivi aggiunti notificati in data 30 marzo 2017, riproduttivi delle stesse censure dedotte con il ricorso principale.

La ricorrente ha concluso per l’annullamento, previa sospensione cautelare, dei provvedimenti impugnati nonché per l’eventuale dichiarazione di inefficacia del contratto, ove stipulato nelle more del giudizio, e per la condanna al risarcimento del danno.

Con atto notificato in data 13 aprile 2017 il RTI CIR Food/Villa Perla ha proposto ricorso incidentale con il quale ha censurato i provvedimenti sopra gravati nella parte in cui non hanno dichiarato l’esclusione dalla procedura di gara del RTI La Cascina/Vivenda anche per ulteriori ragioni.

In particolare, con il primo motivo di ricorso incidentale, rubricato “violazione e falsa applicazione del bando di gara nella parte relativa alle condizioni di esecuzione – violazione e falsa applicazione dell’art. 50 del d.lgs. 50/2016 – violazione e falsa applicazione dell’art. 21 del Capitolato speciale d’appalto – violazione e falsa applicazione dell’allegato n. 16 al Capitolato speciale d’appalto – eccesso di potere per carenza d’istruttoria – violazione e falsa applicazione dell’art. 97 della Costituzione”, il RTI CIR Food/Villa Perla ha sostenuto che la Stazione appaltante avrebbe dovuto escludere il ricorrente principale immediatamente, senza attendere l’esito del procedimento di verifica dell’anomalia dell’offerta, in considerazione della discrepanza tra numero di lavoratori indicati nell’offerta (95) e più ampio numero di dipendenti che avrebbero dovuto essere assunti sulla base della clausola sociale (107),

Nell’ambito del medesimo motivo, il raggruppamento ricorrente in via incidentale ha altresì evidenziato l’omessa impugnazione in termini della clausola sociale di cui all’art. 21 del C.S.A.

Con il secondo motivo di ricorso incidentale è stata dedotta la “violazione e falsa applicazione dell’art. 97 del d.lgs. 50/2016 – violazione del principio di immodificabilità dell’offerta presentata in gara – violazione e falsa applicazione del bando di gara nella parte relativa alle condizioni di esecuzione – violazione e falsa applicazione dell’art. 50 del d.lgs. 50/2016 – violazione e falsa applicazione dell’art. 21 del Capitolato speciale d’appalto – violazione e falsa applicazione dell’allegato n. 16 al Capitolato speciale d’appalto – eccesso di potere per carenza d’istruttoria – violazione e falsa applicazione dell’art. 97 della costituzione.”, atteso che il RTI La Cascina/Vivenda, resosi conto del profilo di illegittimità di cui al

primo motivo di ricorso incidentale, avrebbe incrementato l'organico destinato all'esecuzione della commessa nel corso delle verifiche ex art. 97 del D.Lgs. 50/2016, aggiungendo n. 6 lavoratori rispetto ai 95 originariamente offerti.

In tal modo, il raggruppamento non solo avrebbe confermato la violazione della clausola sociale (considerata l'insufficienza dell'organizzazione prospettata rispetto a quella richiesta alla luce della predetta clausola), ma sarebbe altresì addivenuto ad un'inammissibile modificazione dell'offerta in corso di gara.

Con il terzo motivo di ricorso incidentale è stata censurata la “violazione e falsa applicazione dell'art. 97 del d.lgs. 50/2016 – violazione e falsa applicazione dell'art. 26 del capitolato speciale d'appalto - violazione del principio di immodificabilità dell'offerta presentata in gara – contraddittorietà dell'offerta del RTI La Cascina Global Service - eccesso di potere per carenza d'istruttoria – violazione e falsa applicazione dell'art. 97 della Costituzione”, in quanto la Stazione appaltante non avrebbe tenuto conto dell'omessa indicazione nelle giustificazioni presentate dal RTI La Cascina/Vivenda in data 10/1/2017 di alcune figure professionali con responsabilità direttive inserite originariamente nell'offerta tecnica e comunque non avrebbe tenuto in considerazione il relativo costo ai fini della congruità dell'offerta.

Il quarto motivo di ricorso incidentale è volto a sindacare la “violazione e falsa applicazione dell'art. 97 del d.lgs. 50/2016 – violazione e falsa applicazione del principio di immodificabilità dell'offerta presentata in gara – contraddittorietà dell'offerta del RTI La Cascina Global Service - violazione e falsa applicazione del criterio c.3. di valutazione dell'offerta tecnica - eccesso di potere per

carenza d'istruttoria – violazione e falsa applicazione dell'art. 97 della Costituzione.”, poiché il RTI La Cascina/Vivenda avrebbe indicato nell'offerta tecnica un monte orario per la formazione di 95 lavoratori pari a 4253 ore, che sarebbe stato poi ridotto nell'allegato 5 bis dell'offerta economica a 802 ore ed il relativo costo quantificato in €. 13.233,00. In sede di giustificazioni del 10/1/2017 il numero dei lavoratori sarebbe stato aumentato a 101 unità, mantenendo tuttavia invariato il costo della relativa formazione.

Il RTI CIR Food/Villa Perla ha concluso chiedendo l'accoglimento del ricorso incidentale e la reiezione del ricorso principale e dei relativi motivi aggiunti per inammissibilità, improcedibilità e comunque infondatezza, con conseguente conferma dell'aggiudicazione definitiva in proprio favore.

Il Comune di Genova si è costituito, eccependo l'inammissibilità e l'infondatezza del ricorso principale.

Alla camera di consiglio del 21 aprile 2017 la causa è stata rinviata all'udienza di merito del 23/6/2017.

All'udienza pubblica del 23 giugno 2017 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

La presente controversia verte sulla corretta interpretazione della c.d. clausola sociale inserita nell'art. 21 del Capitolato speciale d'appalto. Giova, pertanto, riportare sin d'ora tale disposizione della lex specialis di gara: “Il personale, assegnato alle mansioni costituenti oggetto del presente capitolato deve essere assunto nel rispetto esclusivo del Contratto Collettivo Nazionale di categoria Aziende del Settore Turismo – Pubblici Esercizi – siglato dalle organizzazioni datoriali e sindacati maggiormente rappresentative, nonché degli

accordi integrativi provinciali in essere, salvo eventuali deroghe concordate nell'ambito di appositi protocolli di intesa tra Amministrazione Comunale, OO.SS e Associazioni rappresentative delle Imprese, nel rispetto dei livelli professionali previsti.

[...]

In considerazione dei cambi di gestione, ai sensi dell'art. 50 del Codice degli appalti (Dlgs. 50/2016) al fine di promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato, l'Impresa subentrante dovrà assumere tutto il personale, adibito all'appalto, iscritto nel libro unico del lavoro presente da almeno tre mesi nell'unità produttiva interessata, fatto salvo i lavoratori assenti con diritto alla conservazione del posto di lavoro.

Per personale adibito all'appalto si intendono tutti i lavoratori impiegati per lo svolgimento del servizio ivi compreso il personale operante presso i Centri cottura/Cucine come meglio definiti all'art. 1 lett. d) del presente capitolato. Ai lavoratori saranno garantite le stesse condizioni normative ed economiche preesistenti, ivi compresi scatti di anzianità maturati e trattamenti integrativi salariali

[...]

Il dettaglio del personale attualmente in carico suddiviso per qualifica e monte ore è indicato nell'allegato n. 16 del presente capitolato, redatto in base ai dati e alle informazioni fornite alla civica amministrazione dagli attuali gestori”

...

L'Impresa deve attuare, nei confronti dei lavoratori dipendenti, occupati nelle mansioni costituenti oggetto del presente capitolato, le condizioni normative e retributive non inferiori a quelle previste dai contratti collettivi nazionali di lavoro applicabili, alla data di stipula

del contratto, nonché condizioni risultanti da successive modifiche e integrazioni e, in genere, da ogni altro contratto collettivo, successivamente stipulato per la categoria delle OO.SS. comparativamente più rappresentative, applicabile nella Provincia di Genova.”.

Secondo la tesi prospettata dal RTI La Cascina/Vivenda – ricorrente principale – la citata clausola sociale andrebbe interpretata nel senso di consentire all’impresa aggiudicataria di assumere un numero di lavoratori tale da garantire lo svolgimento del servizio, attingendo prioritariamente dal bacino di lavoratori dipendenti dal gestore uscente, al contempo riconoscendo margini di armonizzazione del loro numero e la loro qualifica con l’organizzazione d’impresa prescelta dell’imprenditore subentrante.

Non sarebbe, invece, condivisibile la scelta interpretativa seguita dalla Stazione appaltante – secondo la quale la clausola andrebbe intesa come impositiva dell’obbligo di assunzione della totalità dei dipendenti dell’imprenditore uscente – in quanto pregiudizievole per la libertà di organizzazione d’impresa del ricorrente.

A sostegno dell’opzione ermeneutica prospettata, il raggruppamento ricorrente invoca i più recenti approdi giurisprudenziali in materia, secondo i quali l’obiettivo al quale mira la clausola sociale, id est la promozione della stabilità occupazione del personale impiegato, dovrebbe confrontarsi con i principi di stampo comunitario della libera concorrenza e della libertà d’impresa, sicché detta clausola non potrebbe tradursi per l’impresa aggiudicataria in un rigido obbligo di assunzione a tempo indeterminato operante in via automatica e generalizzata, obbligo che comporterebbe una lesione dei citati principi dell’Unione Europea (in tal senso, T.A.R. Toscana, sez. III,

13/2/2017, n. 231, ma anche T.A.R. Reggio Calabria , sez. I, 15/3/2017, n. 209).

La Stazione appaltante avrebbe dunque errato nell'interpretare la clausola sociale come impositiva di un obbligo di generale assunzione, riverberandosi tale errore in una scorretta valutazione circa l'incongruità dell'offerta economica e, conseguentemente, in una illegittima esclusione della ricorrente dalla procedura di gara.

La tesi è destituita di fondamento.

Occorre anzitutto rimarcare che la materia della c.d. clausola sociale è governata dall'esigenza di bilanciare due interessi contrapposti: da un lato, la tutela del lavoratore, che si estrinseca nella necessità di garantire la stabilità occupazionale della platea di dipendenti dell'impresa uscente; dall'altro, la tutela della concorrenza e della libertà di iniziativa economica dell'impresa aggiudicataria, sub specie della libertà di organizzazione dei mezzi d'impresa e di una gestione efficiente del servizio.

Nella ricerca di un punto di equilibrio tra le due esigenze richiamate, la giurisprudenza amministrativa ha elaborato una serie di principi generali sulla materia, recentissimamente compendiate da Cons. di Stato, sez. III, 5/5/2017, n. 2078, come di seguito: “la c.d. clausola sociale deve essere interpretata conformemente ai principi nazionali e comunitari in materia di libertà di iniziativa imprenditoriale e di concorrenza, risultando altrimenti essa lesiva della concorrenza, scoraggiando la partecipazione alla gara e limitando ultroneamente la platea dei partecipanti, nonché atta a ledere la libertà d'impresa, riconosciuta e garantita dall'art. 41 Cost., che sta a fondamento dell'autogoverno dei fattori di produzione e dell'autonomia di gestione propria dell'archetipo del contratto di appalto, sicché tale

clausola deve essere interpretata in modo da non limitare la libertà di iniziativa economica e, comunque, evitando di attribuirle un effetto automaticamente e rigidamente escludente; conseguentemente l'obbligo di riassorbimento dei lavoratori alle dipendenze dell'appaltatore uscente, nello stesso posto di lavoro e nel contesto dello stesso appalto, deve essere armonizzato e reso compatibile con l'organizzazione di impresa prescelta dall'imprenditore subentrante; i lavoratori, che non trovano spazio nell'organigramma dell'appaltatore subentrante e che non vengano ulteriormente impiegati dall'appaltatore uscente in altri settori, sono destinatari delle misure legislative in materia di ammortizzatori sociali; la clausola non comporta invece alcun obbligo per l'impresa aggiudicataria di un appalto pubblico di assumere a tempo indeterminato ed in forma automatica e generalizzata il personale già utilizzato dalla precedente impresa o società affidataria”.

Una siffatta soluzione ermeneutica, ancorché condivisa dal Collegio, non trova, tuttavia, cittadinanza nell'ambito della controversia de qua.

Invero, occorre osservare che i principi testé richiamati si riferiscono a situazioni nell'ambito delle quali la sorte dei lavoratori dipendenti dell'impresa uscente trova l'unica fonte di disciplina nella lex specialis di gara, difettando nel caso una regolamentazione pattuita in sede di contrattazione collettiva nazionale dalle associazioni rappresentative datoriali e dei lavoratori.

In un simile contesto disciplinare risulta, infatti, evidente il pregiudizio che soffrirebbe la libertà di iniziativa economica dell'operatore intenzionato a partecipare alla gara, il quale, di fronte ad una clausola contenente un rigido obbligo di assunzione della

totalità dei lavoratori del gestore uscente, non avrebbe margine per adottare scelte organizzative differenti.

Appare però altrettanto evidente che, laddove la disciplina delle assunzioni sia definita per così dire “a monte”, in sede di contrattazione collettiva nazionale, la libertà di iniziativa economica dell'imprenditore non rischierebbe di essere compressa in alcun modo da una clausola di salvaguardia disposta “a valle”, nell'ambito della disciplina di una specifica procedura di gara.

Detta libertà sarebbe infatti suscettibile di esplicitarsi (ed esaurirsi) in maniera piena proprio nell'ambito della normale dialettica della contrattazione collettiva.

Diversamente opinando l'applicazione delle regole giurisprudenziali di cui si è dato conto anche all'ipotesi in cui vi sia a monte un contratto collettivo che preveda per i lavoratori la conservazione del posto violerebbe l'art. 30 d.lgs. 50/2016, determinando il paradossale esito per cui il contraente con la p.a. e lui solo potrebbe svincolarsi in maniera più o meno ampia dagli obblighi derivanti dal contratto collettivo. In tale ipotesi, occorre precisare che l'eventuale clausola sociale contenuta nella *lex specialis* contrastante con le prescrizioni contenute nel CCNL sarebbe immediatamente lesiva perché precluderebbe all'impresa di presentare quella specifica offerta.

La differenziazione tra l'ipotesi in cui vi sia un CCNL e quella in cui la disciplina delle assunzioni sia affidata alla sola disciplina speciale della gara trova del resto un riscontro positivo negli artt. 30 e 50 del D. Lgs. n. 50/2016.

L'art. 30 prevede ai commi 3 e 4 che: “3. Nell'esecuzione di appalti pubblici e di concessioni, gli operatori economici rispettano gli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dalla

normativa europea e nazionale, dai contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali elencate nell'allegato X.

4. Al personale impiegato nei lavori, servizi e forniture oggetto di appalti pubblici e concessioni è applicato il contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e quelli il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente”.

La disposizione si riferisce pertanto all'ipotesi in cui sussista “a monte” un contratto collettivo nazionale.

L'art. 50, d'altra parte, dispone quanto segue: “Per gli affidamenti dei contratti di concessione e di appalto di lavori e servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale, con particolare riguardo a quelli relativi a contratti ad alta intensità di manodopera, i bandi di gara, gli avvisi e gli inviti inseriscono, nel rispetto dei principi dell'Unione europea, specifiche clausole sociali volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato, prevedendo l'applicazione da parte dell'aggiudicatario, dei contratti collettivi di settore di cui all'articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81.”.

Dall'espressa prescrizione dell'obbligo di inserimento della clausola sociale nella *lex specialis* si deduce che il Legislatore, con tale previsione normativa, abbia inteso fare riferimento ai casi in cui difetti un CCNL ovvero ad ipotesi in cui il contratto, ancorché esistente, nulla statuisca in merito alla promozione della stabilità occupazionale dei dipendenti del gestore uscente.

Significativa in proposito è peraltro la sostituzione della formula facoltizzante “possono inserire” con la prescrizione tassativa espressa dal verbo “inseriscono” avvenuta ad opera del dell’art. 33 D. Lgs. 19/4/2017, n.56 (Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50). La previsione di un vero e proprio obbligo di inserimento della clausola sociale evidenzia ulteriormente l’imprescindibilità di una norma della lex specialis di gara volta a tutelare la stabilità occupazionale in assenza di un’analoga previsione stabilita da un contratto collettivo nazionale.

Ciò premesso in linea generale occorre rilevare come l’art. 335 del CCNL Aziende del Settore Turismo – Pubblici Esercizi⁷, rubricato “Cambi di gestione – assunzioni”, disponga quanto segue: “La gestione subentrante assumerà tutto il personale addetto, in quanto regolarmente iscritto da almeno tre mesi sui libri paga-matricola della Gestione uscente, riferiti all’unità produttiva interessata, con facoltà di esclusione del personale che svolge funzioni di direzione esecutiva, di coordinamento e controllo dell’impianto nonché dei lavoratori di concetto e/o degli specializzati provetti con responsabilità di coordinamento tecnico funzionale nei confronti di altri lavoratori”.

Dal tenore letterale della norma contrattuale si desume chiaramente la prescrizione di un obbligo di assunzione integrale del personale impiegato dal gestore uscente.

L’art. 21 del Capitolato speciale d’appalto – che peraltro richiama espressamente il contratto collettivo nazionale – si limita soltanto a ribadire quanto affermato dal citato art. 335.

Ne discende l’infondatezza della soluzione interpretativa prospettata dal RTI La Cascina/Vivenda.

Ciò posto, emerge che il raggruppamento ricorrente in via principale abbia presentato un'offerta economica violativa della clausola sociale di cui al sopra citato art. 335 CCNL ed all'art. 21 C.S.A.

Dagli atti di gara risulta che il RTI La Cascina/Vivenda ha originariamente inteso destinare al servizio n. 95 lavoratori a fronte dei 107 indicati dall'Amministrazione comunale nell'allegato 16 al C.S.A.

Interrogato dalla Stazione appaltante in merito all'anomalia di una siffatta offerta, il raggruppamento si è limitato ad implementare il numero dei lavoratori fino a raggiungere le 101 unità, comunque insufficienti a raggiungere il numero di lavori da assorbire indicati dalla legge di gara.

Attesa la tassatività della clausola di salvaguardia che avrebbe imposto l'assunzione di tutti i lavoratori del gestore uscente, e che non è stata fatta oggetto di tempestiva impugnazione, l'offerta del raggruppamento ricorrente in via principale avrebbe dovuto essere esclusa immediatamente senza nemmeno attivare il procedimento di verifica dell'anomalia.

Da ciò discende la fondatezza del primo motivo di ricorso incidentale, con conseguente improcedibilità del ricorso principale.

Le spese vanno compensate in ragione della peculiarità delle questioni trattate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, in accoglimento del ricorso incidentale, lo dichiara improcedibile.

Spese compensate.

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

Così deciso in Genova nella camera di consiglio del giorno 23 giugno 2017 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Pupilella, Presidente

Luca Morbelli, Consigliere, Estensore

Angelo Vitali, Consigliere

L'ESTENSORE

Luca Morbelli

IL PRESIDENTE

Roberto Pupilella

IL SEGRETARIO