

Publicato il 13/07/2017

N. 00788/2017 REG.PROV.COLL.
N. 00805/2016 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 Puglia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 805 del 2016, proposto da:
Comunità San Francesco Cooperativa Sociale s.r.l., in persona del
legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato
Stefano Potenza, con domicilio eletto presso il suo studio in Bari, via
Beato Junipero Serra, 19;

contro

Comune di Mola di Bari, in persona del legale rappresentante p.t.,
rappresentato e difeso dall'avvocato Luigi D'Ambrosio, con
domicilio eletto presso il suo studio in Bari, piazza Garibaldi, 23;
Ambito Territoriale 11;

nei confronti di

Cooperativa Sociale Esedra - Soc. Cooperativa, Cooperativa Sociale
Occupazione e Solidarietà, in persona dei rispettivi legali
rappresentanti pro tempore, rappresentate e difese dagli avvocati

Sabino Annoscia e Giuseppe Cozzi, con domicilio eletto in Bari, via Abate Gimma, 147;

per l'annullamento

- della determinazione n. 126 del 1° aprile 2016, registrata al n. 434 del 10 maggio 2016, mai notificata alla ricorrente, con la quale il Comune di Mola di Bari, Settore Servizi Socio-culturali, ha proceduto all'aggiudicazione in via definitiva del servizio "Assistenza Domiciliare Integrata" a favore di persone anziane over 65 anni non autosufficienti dell'Ambito Territoriale n. 11, CIG. 6438746D46, in favore della ATI Coop. Soc. Occupazione e Solidarietà e Coop. Soc. Esedra;
- della determinazione n. 49 del 24 febbraio 2016 (R.G. n. 126/2016), mai notificata, del Comune di Mola di Bari, con la quale si è proceduto all'aggiudicazione in via provvisoria del servizio "Assistenza Domiciliare Integrata" a favore di persone anziane over 65 anni non autosufficienti dell'Ambito Territoriale n. 11, CRG. 6438746D46, in favore della ATI Coop. Soc. Occupazione e Solidarietà e Coop. Soc. Esedra;
- dell'ivi richiamato verbale del 1° marzo 2016, non conosciuto, con il quale il Comune di Mola ha consegnato il servizio "Assistenza Domiciliare Integrata" a favore di persone anziane over 65 anni non autosufficienti dell'Ambito Territoriale n. 11, CIG. 6438746D46, in favore della ATI Coop. Soc. Occupazione e Solidarietà/Coop. Soc. Esedra;
- di tutti i verbali di gara dal nr. 1 al nr. 3 della Commissione di gara;
- di ogni altro atto specificatamente indicato in ricorso;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Mola di Bari, della Cooperativa Sociale Esedra - Soc. Cooperativa e della Cooperativa Sociale Occupazione e Solidarietà;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore la dott.ssa Maria Grazia D'Alterio e uditi nell'udienza pubblica del giorno 24 maggio 2017 per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con il ricorso in esame, consegnato per la notifica il 17 giugno 2016, la Comunità San Francesco Cooperativa Sociale s.r.l. adiva il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Sede di Bari, al fine di ottenere l'annullamento dell'aggiudicazione definitiva della gara bandita in data 12 gennaio 2016 dal Comune di Mola di Bari (quale ente capofila dell'Ambito territoriale n. 11 Noicattaro - Rutigliano), afferente al servizio di Assistenza Domiciliare Integrata in favore di soggetti over 65 non autosufficienti, da aggiudicarsi alla stregua del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per complessivi €. 374.422,46.

2. Oltre alla ricorrente, partecipava alla gara l'A.T.I. Occupazione e Solidarietà/Coop. Soc. Esedra, che, all'esito dell'esame delle offerte prodotte, ne risultava aggiudicataria in via definitiva, giusta Determina n. 126 del 10 maggio 2016, oggetto dell'odierno gravame.

3. Avverso i su menzionati esiti procedurali insorgeva la Cooperativa S. Francesco lamentando, in estrema e doverosa sintesi,

Illegittimità dell'aggiudicazione per come disposta dalla S.A., sostenendo non essere le Cooperative controinteressate in regola con la normativa in materia di diritto al lavoro dei disabili, *ex* art. 17 della L. n. 68 del 1999.

Stigmatizzavano, pertanto, l'opposta ed inveritiera dichiarazione resa dai rispettivi legali rappresentanti ai sensi degli artt. 3, comma 3, L. n. 68/1999 e 2, comma 6, D.P.R. 333/2000.

4. Costituitisi per resistere in giudizio il Comune di Mola di Bari e l'A.T.I. Cooperativa sociale Occupazione e Solidarietà/Esedra, eccepivano, in rito, la tardività del ricorso, e, nel merito, la sua assoluta infondatezza.

In particolare, il Comune resistente rimarcava di aver proceduto all'aggiudicazione solo all'esito delle verifiche e controlli d'ufficio, disposti presso la competente Sez. Lavoro e Formazione della Città Metropolitana di Bari e alla luce della documentazione presentata dalle aggiudicatarie.

5. Le parti producevano memorie in vista della pubblica udienza del 24 maggio 2017, all'esito della quale la causa passava definitivamente in decisione.

6. Il Collegio ritiene di poter prescindere dall'eccezione di irricevibilità del ricorso, osservandosi comunque che sebbene, in mancanza di notifica nei modi previsti dall'art. 79, comma 5, D.lgs. 163/2006, non risulti provata dalle resistenti – nemmeno in relazione al consentito accesso agli atti di gara - la data di effettiva conoscenza dell'aggiudicazione definitiva, tuttavia, sotto tale profilo, desta comunque perplessità il riferimento fatto dalla stessa difesa ricorrente alla data del 17 maggio 2016, quale data di conoscenza del provvedimento lesivo (*cfr.* pag. 3 della memoria di replica).

7. Nel merito il ricorso è infondato e merita la reiezione.

8. Come anticipato in premessa, la ricorrente contesta la legittimità dell'aggiudicazione della procedura in oggetto disposta dall'Ente Capofila in favore dell'ATI controinteressata, ritenendola priva del requisito partecipativo prescritto dall'art. 38, comma 1, lett. l) D.lgs. 163/2006, che richiama l'art. 17, Legge 12 marzo 1999, n. 68, relativo all'obbligo di assunzione dei disabili.

Più nel dettaglio, in tesi di parte ricorrente, le Cooperative sociali aggiudicatrici avrebbero - in maniera non veritiera - dichiarato di non essere tenute agli obblighi assunzionali previsti dalla citata L. n. 68/99, pur avendo, come emerge dalle rispettive visure camerali, alle proprie dipendenze un numero di dipendenti (Esedra 80 dipendenti e Occupazione Solidarietà 348 dipendenti) tale da giustificare invece l'assoggettamento, trattandosi di "*personale tecnico-esecutivo*", costituente a mente del D.P.R. 333/2000, art. 2, comma 6, base di computo della quota di riserva.

8.1 Anche tralasciando i rilievi di inammissibilità del motivo, contestati dalle parti avverse in ragione dell'estrema genericità nella sua formulazione, la doglianza non coglie nel segno.

Come già rilevato dalla Sezione in un recente precedente reso per analoga vertenza tra l'odierna ricorrente e le Cooperative controinteressate, con articolazione delle medesime doglianze (*cf.* sentenza n. 818 del 27 giugno 2016, confermata dal Consiglio di Stato con sentenza n. 383 del 19 gennaio 2017), la cui motivazione si richiama ai sensi dell'art. 74 cod. proc. amm., dirimente ai fini del decidere risulta la corretta individuazione del personale da computarsi ai fini dell'assunzioni obbligatorie dei disabili, di cui all'articolo 3, co. 1, L. n. 68/1999.

A mente della citata disposizione normativa “I datori di lavoro pubblici e privati sono tenuti ad avere alle loro dipendenze lavoratori appartenenti alle categorie di cui all'articolo 1 nella seguente misura: a) sette per cento dei lavoratori occupati, se occupano più di 50 dipendenti; b) due lavoratori, se occupano da 36 a 50 dipendenti; c) un lavoratore, se occupano da 15 a 35 dipendenti”.

Al riguardo, il successivo comma 3, precisa, in particolare, che: “Per ... le organizzazioni che, senza scopo di lucro, operano nel campo della solidarietà sociale, dell'assistenza e della riabilitazione, la quota di riserva si computa esclusivamente con riferimento al personale tecnico-esecutivo e svolgente funzioni amministrative e l'obbligo di cui al comma 1 si applica solo in caso di nuove assunzioni”; mentre l'art. 4, rubricato “Criteri di computo della quota di riserva”, statuisce che “agli effetti della determinazione del numero di soggetti disabili da assumere, sono computati di norma tra i dipendenti tutti i lavoratori assunti con contratto di lavoro subordinato. Ai medesimi effetti, non sono computabili: i lavoratori occupati ai sensi della presente legge, i lavoratori occupati con contratto a tempo determinato di durata fino a sei mesi, i soci di cooperative di produzione e lavoro, i dirigenti, i lavoratori assunti con contratto di inserimento, i lavoratori occupati con contratto di somministrazione presso l'utilizzatore, i lavoratori assunti per attività da svolgersi all'estero per la durata di tale attività, i soggetti impegnati in lavori socialmente utili assunti ai sensi dell'articolo 7 del decreto legislativo 28 febbraio 2000, n. 81, i lavoratori a domicilio, i lavoratori che aderiscono al programma di emersione, ai sensi dell'articolo 1, comma 4-bis, della legge 18 ottobre 2001, n. 383, e successive modificazioni. Restano salve le ulteriori esclusioni previste dalle discipline di settore”.

Secondo consolidata giurisprudenza (*ex multis* Cons. di Stato, sez. V, 19 gennaio 2017, n. 383), confortata anche da prassi applicative

conformi, non possono rientrare nel computo della quota di riserva i dipendenti assunti in virtù delle *cd.* clausole sociali, ovvero assunti in seguito e in ragione dell'aggiudicazione di un appalto e destinati, al termine dello stesso, a transitare alle dipendenze di un nuovo aggiudicatario e, dunque, in grado di produrre un incremento occupazionale solo provvisorio, in quanto destinato a subire, inevitabilmente, una contrazione al termine dell'esecuzione dell'appalto stesso (*cf.* chiarimento del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali di riscontro ad interpello n. 23 del 1° agosto 2012).

Di conseguenza il personale che transita dall'azienda uscente all'azienda subentrante non dovrà essere computato nella quota di riserva, ai fini di cui all'art. 3, L. n. 68/1999.

8.2 Con riferimento alla documentazione presentata dall'ATI aggiudicataria (*cf.* estratto libro soci e relazione sul computo dei lavoratori dei consulenti del lavoro delle aggiudicatarie), è emerso che entrambe le Cooperative non rientravano nella sfera di applicazione della su citata legge n. 68/1999, atteso che non raggiungevano la soglia dei 15 dipendenti, calcolata:

- a) scomputando i soci della Cooperativa, ai sensi dell'art. 4, comma 1, legge n. 68/1999;
- b) i dipendenti assunti in forza di clausole sociali;
- c) computando le rimanenti unità lavorative, assunte con contratto part-time, in proporzione all'orario effettivo di lavoro svolto rispetto all'ordinario orario di lavoro previsto dal CCNL.

In particolare, la quota di riserva della Cooperativa Sociale Esedra ai fini dell'applicabilità della legge n. 68/1999, al momento della partecipazione alla gara d'appalto, ammontava a 13 unità lavorative convenzionali effettive, mentre la quota di riserva di Occupazione e

Solidarietà Cooperativa Sociale ai fini dell'applicabilità della legge n. 68/1999 ammontava a 7 unità lavorative convenzionali effettive.

8.3 Il motivo va dunque respinto.

9. Risultano, infine, inammissibili, oltre che infondate in quanto non corroborate da adeguato materiale istruttorio, le censure proposte dalla ricorrente solo con le ultime memorie depositate in vista dell'udienza pubblica, con cui vengono irritualmente introdotti nuovi motivi in funzione di una non consentita espansione del *thema decidendi*.

9.1 Solo *in limine litis*, infatti, la Coop. San Francesco contesta che, a prescindere dalla correttezza in astratto di un'interpretazione delle norme nel senso su indicato (ovvero della non computabilità dei dipendenti assunti in forza delle *cd.* clausole sociali nella quota di riserva), le aggiudicatarie avrebbero comunque errato nel non considerare diversi dipendenti impiegati in vari appalti per i quali non sarebbe stato previsto, in tesi, uno specifico obbligo assunzionale negli atti di gara, in tal modo finendo per stigmatizzare sotto ulteriori profili, prima non contestati, le valutazioni e verifiche condotte dalla S.A. alla stregua delle attestazioni fornite dalla Città Metropolitana di Bari, delle dichiarazioni prodotte dalle controinteressate e della ulteriore documentazione esibita.

9.2 Quanto, inoltre, alle ultime richieste istruttorie formulate dalla ricorrente in sede di memoria conclusionale e di replica, esse non possono che essere respinte, avendo carattere meramente esplorativo, non essendosi la Coop. San Francesco premurata di acquisire per tempo dalle varie Stazioni Appaltanti interessate la documentazione di gara che, a suo dire, proverebbe l'insussistenza, peraltro anche a prescindere dell'imperatività delle vigenti

disposizioni contrattuali, di uno specifico obbligo assunzionale per alcuni dipendenti indicati dalle controinteressate e risultanti dalla documentazione da queste depositata in atti già in data 25 luglio 2016 (*cfr.* istanze di accesso agli atti del 19 aprile 2017, a firma della Coop. San Francesco, indirizzate ai Comuni di Bari e Putignano).

10. Da ultimo, a parere del Collegio, sussistono i presupposti di legge, rappresentati dalla novità e peculiarità delle questioni trattate e dalla natura di utilità sociale delle cooperative ricorrente e controinteressate, per disporre l'integrale compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, sede di Bari, Sez. I, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 24 maggio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Angelo Scafuri, Presidente

Desirè Zonno, Consigliere

Maria Grazia D'Alterio, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Maria Grazia D'Alterio

IL PRESIDENTE
Angelo Scafuri

IL SEGRETARIO