

REPUBBLICA ITALIANA

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 239 del 2017, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

....., in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dagli avvocati, con domicilio eletto presso lo studio in Genova,

contro

....., in persona del Presidente pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati, con domicilio eletto presso lo studio in Genova,

nei confronti di

....., in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dagli avvocati, con domicilio eletto presso lo studio in Genova, via

per l'annullamento

(per quanto riguarda il ricorso introduttivo)

- del D.Dirig. n. 965 del 28 febbraio 2017 comunicato all'odierna esponente ai sensi degli *artt. 76, comma 5 e 32, comma 9 del D.Lgs. n. 50 del 2016* con nota prot. PG/2017/104825 dell'08.03.2017 con cui ha disposto l'aggiudicazione definitiva della gara bandita per "l'affidamento di servizi vari di supporto tecnico amministrativo a strutture dipendenti della Giunta Regionale" CIG 671988615B nei confronti del (di seguito, per brevità, anche solo ".....") (doc. 1 e 2);

- della predetta comunicazione dell'aggiudicazione ex art. 76, comma e art. 32, comma 9, del D.Lgs. n. 50 del 2006 prot. PG/2017/104825 dell'08.03.2017;

- della graduatoria concorsuale, dell'aggiudicazione provvisoria e dei verbali di gara (anche quelli non conosciuti allo stato), nella parte in cui ammettono l'offerta del ne valutano il contenuto attribuendo il relativo punteggio e ne dichiarano la validità, anziché escluderla e, in particolare, ove occorrer possa, dei verbali: 27.07.2016, 02.08.2016, 19.10.2016, 21.11.2016, 28.11.2016, 30.11.2016, 07.12.2016, 16.01.2017, 17.02.2017 (doc. 3);

- della valutazione di congruità dell'offerta del e dei relativi atti e verbali, in particolare: verbale di verifica delle offerte anormalmente basse; comunicazione esito procedimento di valutazione della congruità dell'offerta; relazione istruttoria sui giustificativi presentati dall'impresa; verbale in contraddittorio (atti questi allo stato non conosciuti in quanto non esibiti dalla S.A. nonostante l'istanza di accesso presentata da in data 17.02.2017, doc. 4 e 5);

- del verbale della seduta riservata della Commissione del 16 gennaio 2017 (doc. 3), nel corso della quale la stessa esamina le giustificazioni presentate dal(senza indicare analiticamente il relativo contenuto) e conclude nel senso della idoneità delle giustificazioni rese e della congruità dell'offerta del nella sua globalità;

- nonché del verbale e degli atti di comprova dei requisiti (allo stato non conosciuti);

- nonché di ogni altro atto presupposto, connesso o consequenziale, anche nel frattempo intervenuto e al momento non conosciuto, ivi compreso espressamente il contratto di appalto eventualmente già stipulato con l'aggiudicataria (non conosciuto);

per la declaratoria del diritto della ricorrente a conseguire il risarcimento in forma specifica mediante conseguimento dell'aggiudicazione e del relativo contratto d'appalto, ovvero mediante subentro nel contratto d'appalto eventualmente già stipulato con il, previa dichiarazione di inefficacia del medesimo;

e per la conseguente condanna della Stazione appaltante a disporre il risarcimento in forma specifica in favore della ricorrente nei termini sopra indicati;

nonché, in via subordinata, per l'accertamento e la declaratoria del diritto della ricorrente ad ottenere il risarcimento per equivalente, nell'ipotesi in cui non fosse possibile il risarcimento in forma specifica, con riserva di successiva quantificazione in corso di causa e per la conseguente condanna della Stazione appaltante a disporre il risarcimento per equivalente in favore della ricorrente nei termini sopra indicati;

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da il 4\5\2017 :

- dei verbali di verifica della congruità dell'offerta, in particolare del verbale del

16.01.2017, del verbale del 17.01.2017;

- della nota di richiesta giustificativi prot. PG/2016/311467 del 15.12.2016;

- dei giustificativi presentati dal prot. 16/BO/P/31210/ABU/LDE del 21.12.2016;

- della tabella del Min. del Lavoro e delle Politiche Sociali relativa al costo medio del personale dipendente da imprese esercenti multiservizi del 18.04.2017; atti e documenti questi depositati in giudizio dalla in data 19.04.2017 (sub docc. 9, 12 e 13, già atti al presente giudizio);

- nonché di ogni altro atto presupposto, connesso o consequenziale, come già indicati nel ricorso introduttivo, con espressa reiterazione di tutte le domande ivi formulate.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 giugno 2017 il dott. e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Svolgimento del processo

Con ricorso notificato il 7 aprile 2017 alla e alla controinteressata e depositato il successivo 12 aprile 2017 la, ha impugnato, chiedendone l'annullamento, previa sospensione dell'esecuzione, il provvedimento in epigrafe di aggiudicazione alla controinteressata della gara per l'affidamento di servizi vari di supporto tecnico amministrativo a strutture dipendenti della Giunta regionale, nonché tutti gli atti di gara e segnatamente i verbali, la graduatoria e la valutazione di congruità dell'offerta della aggiudicataria.

Avverso i provvedimenti impugnati la ricorrente ha dedotto, con unico articolato motivo, violazione e falsa applicazione dell'*art. 97 D.Lgs. n. 50 del 2016*, violazione del principio di vincolatività dell'offerta, violazione della lex specialis di gara in merito alla vincolatività dell'offerta e alla anomalia della stessa, violazione dell'*art. 50 D.Lgs. n. 50 del 2016*, dell'*art. 5* della L.R. n. 31 del 2007, degli artt. 5 e 3 del capitolato speciale d'appalto e dell'*art. 11* del disciplinare, illogicità, carenza di presupposti e difetto di motivazione, violazione dei principi di par condicio, trasparenza e concorrenzialità, in quanto l'aggiudicataria, a

fronte dell'obbligo del rispetto della clausola sociale contenuta nella lex specialis di gara e dell'impegno a riassorbire l'intero personale uscente ha offerto un prezzo incapiente a coprire il costo del lavoro dei dipendenti; da altro punto di vista l'offerta sarebbe viepiù connotata di anomalia alla luce della circostanza che la controinteressata avrebbe dedicato all'appalto in questione un responsabile del servizio e altre 23 risorse umane i cui costi di retribuzione renderebbero ancora più evidente l'anomalia dell'offerta; da ultimo anche i costi della formazione offerta dall'aggiudicataria renderebbero ulteriormente incongrua l'offerta.

La ricorrente concludeva per l'accoglimento del ricorso e l'annullamento, previa sospensiva, del provvedimento impugnato con vittoria delle spese di giudizio.

Si costituivano in giudizio l'amministrazione intimata e la controinteressata.

Con atto notificato in data 4 maggio 2017 e nella stessa data la ricorrente ha proposto motivi aggiunti riproducendo il contenuto sostanziale delle doglianze espresse con il ricorso principale ma articolando in maniera più analitica alla luce della documentazione medio tempore acquisita.

La ricorrente, in particolare ha evidenziato i seguenti profili:

- 1) I conteggi sarebbero stati effettuati sui minimi salariali e non già sulle retribuzioni effettivamente godute dai singoli dipendenti;
- 2) Sarebbero state prese a riferimento le tabelle retributive relative al primo gennaio 2015 in luogo di quelle del 26 novembre 2016;
- 3) Sarebbe stato applicato il diverso contratto collettivo Multiservizi in luogo di quello goduto dai dipendenti che era quello dei metalmeccanici, peraltro facendo riferimento all'anno 2013 e senza computare gli oneri per l'assistenza sanitaria previsti dagli accordi 16 luglio 2014 e 20 aprile 2016;
- 4) Non sarebbe stata computata l'incidenza del costo dei buoni pasto e della rivalutazione del TFR;
- 5) Il valore orario delle tabelle del CCNL Multiservizi sarebbe stato moltiplicato per il numero di ore annue lavorate senza tenere conto delle necessità dei costi per coprire le assenze per malattia, le ferie ecc;
- 6) Non è stata considerata la dinamica salariale neppure quella derivante dall'anzianità di servizio;
- 7) Non sarebbe stato indicato il costo del responsabile del contratto;
- 8) Sarebbe stato ampiamente sottostimato il costo per la formazione del personale.

All'udienza pubblica del 23 giugno 2017 il ricorso è passato in decisione.

Motivi della decisione

Deve essere esaminata e disattesa l'eccezione di inammissibilità del ricorso per essere sostanzialmente insindacabili, da parte del giudice amministrativo, le valutazioni discrezionali che connotano il procedimento di verifica di anomalia dell'offerta.

Nel caso oggi sub iudice, infatti, non si censura l'esercizio della discrezionalità nella valutazione delle giustificazioni quanto piuttosto avere ammesso la possibilità di utilizzare un contratto collettivo diverso, rispetto a quello precedentemente applicato, per il personale oggetto di clausola sociale, nonché l'aver ritenuto congrua un'offerta che secondo calcoli matematici non avrebbe potuto essere capiente rispetto alle ragionevoli spese che si ponevano a fronte di quanto offerto dall'aggiudicatario.

Si è, pertanto, al di fuori di un sindacato sul merito delle scelte discrezionali della stazione appaltante.

Nel merito la censura che regge l'intero ricorso è fondata.

In sostanza si censura la scelta dell'aggiudicatario, espressa la prima volta in sede di giustificazioni dell'offerta, di applicare al personale tutelato dalla clausola sociale il CCNL multiservizi in luogo di quello metalmeccanici in godimento.

Tale operazione non può essere condivisa.

A tal riguardo occorre dapprima operare una ricostruzione del quadro normativo relativo alle clausole sociali per poi analizzare la disciplina di gara, l'offerta della aggiudicatario e le giustificazioni della stessa.

L'*art. 30, comma 4, D.Lgs. n. 50 del 2016* stabilisce "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".

L'*art. 50 D.Lgs. n. 50 del 2016* vigente al momento della gara stabiliva: ""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 D.Lgs. 15 giugno 2015*".

Tale norma è stata modificata dal cd correttivo al codice degli appalti, introducendo l'obbligatorietà delle clausole sociali, mediante 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 [D.Lgs. 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'analogha previsione stabilita da un contratto collettivo nazionale.

Il Collegio ritiene che le norme in questione, per la parte attinenti alle clausole sociali, disciplinino due ipotesi differenti.

La prima ricorre allorché l'obbligo di mantenimento del rapporto lavorativo in essere in caso di cambio di appaltatore è prevista direttamente dal contratto collettivo.

In questa ipotesi l'amministrazione, in forza della previsione di cui all'[art. 30 D.Lgs. n. 50 del 2016](#), è tenuta a prevedere il transito dei dipendenti dal vecchio al nuovo appaltatore senza che il nuovo appaltatore possa opporre la libertà di iniziativa economica per ottenere un'applicazione flessibile di tale obbligo.

E ciò per due ragioni. La prima è lo stesso [art. 30 D.Lgs. n. 50 del 2016](#) ad obbligare la stazione appaltante ad applicare il contratto collettivo, onde un'applicazione temperata e limitata si risolverebbe in una, più o meno ampia ma comunque inammissibile, deroga. Conseguenza quest'ultima inammissibile.

La seconda ragione attiene alle dinamiche della contrattazione collettiva.

La libertà di iniziativa economica l'appaltatore la esercita in sede di contrattazione collettiva onde deve escludersi che, in presenza di una previsione di CCNL che preveda l'obbligo di assunzione dei dipendenti dell'appaltatore uscente, possa ritenersi lesa la libertà di iniziativa economica dell'appaltatore subentrante.

In questo caso deve escludersi che l'appaltatore subentrante possa cambiare il CCNL applicato ai dipendenti che deve assorbire. Ammettere tale possibilità consentirebbe l'aggiramento della previsione dell'obbligo di conservazione del posto semplicemente mediante l'applicazione di un CCNL che non prevede tale garanzia per i lavoratori.

La tematica delle clausole sociali propriamente dette riguarda invece quelle ipotesi in cui il CCNL di riferimento non contenga alcuna previsione sulla conservazione del posto in caso di subentro negli appalti.

Tale ipotesi è disciplinata dall'[art. 50 D.Lgs. n. 50 del 2016](#) e trattandosi di una facoltà dapprima discrezionale dell'amministrazione e in oggi obbligatoria, a seguito del correttivo, impone il bilanciamento degli interessi tra l'esigenza di conservazione del posto e la libertà di iniziativa economica del datore di lavoro.

Si tratta di una valutazione discrezionale in passato attinente anche all'an dell'inserimento della clausola sociale oggi attinente esclusivamente al quomodo, ma che può essere sindacata nelle sue modalità dal giudice amministrativo.

In questa seconda ipotesi la giurisprudenza ha espresso tutta una serie di orientamenti che possono essere in larga parte condivisi.

In particolare si è sostenuto che "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" (C. S.III 5 maggio 2017, n. 2078)

Relativamente alla possibilità di cambiare il CCNL di riferimento la giurisprudenza ha espresso l'avviso positivo affermando che "In materia di appalti pubblici, la scelta del contratto collettivo da applicare rientra nelle prerogative di organizzazione dell'imprenditore e nella libertà negoziale delle parti, con il solo limite che esso risulti coerente con l'oggetto dell'appalto" (C.S. V 1 marzo 2017 932).

A tal riguardo occorre rilevare come il CCNL metalmeccanici applicato ai lavoratori di cui si tratta non contiene una previsione di conservazione del posto in caso di subentro nell'appalto di talché si verte nella seconda ipotesi poc'anzi tratteggiata.

La giurisprudenza relativa alla possibilità di mutare il CCNL dei dipendenti, tuttavia, non è idonea a risolvere il caso che occupa il Collegio nel senso prospettato dalle resistenti stante la chiarezza della clausola sociale e la mancata impugnazione della stessa da parte dell'aggiudicatario, né in via principale all'atto della predisposizione dell'offerta né in via incidentale in questa sede.

L'art. 5 del capitolato d'appalto, rubricato, clausola sociale, prevede quanto segue: " I concorrenti - ai sensi dell'art. 30 - comma 1, ultimo periodo e

dell'articolo 50 del *D.Lgs. n. 50 del 2016* e dell'art. 5 della L.R. n. 31 del 2007 - si impegnano prioritariamente ad utilizzare gli stessi operatori della precedente ditta affidataria, esecutrice del contratto in argomento e di che trattasi, allo scopo di garantire il mantenimento dei livelli occupazionali e condizioni contrattuali, per il periodo di durata del servizio, a condizione che il numero e la qualifica degli stessi siano armonizzabili con l'organizzazione di impresa della ditta aggiudicataria e con le esigenze tecnico organizzative previste per l'esecuzione del contratto. L'elenco del personale attualmente utilizzato nell'esecuzione del servizio in argomento da parte del corrente prestatore di servizi, allegato sub A, contiene l'indicazione del numero dei lavoratori da assumere e, a fianco di ciascuno di essi, del CCNL applicato, dell'inquadramento giuridico ed economico, dell'orario settimanale e della retribuzione annua lorda percepita, tiene conto del monte ore lavorativo compatibile con lo svolgimento delle corrispondenti attività previste dal capitolato. I nominativi dei lavoratori indicati nel suddetto elenco saranno resi noti all'affidatario dopo la stipula del contratto nel rispetto della normativa vigente a tutela dei dati personali. Si precisa che il contratto collettivo nazionale di lavoro applicato dall'attuale prestatore di servizio è il "contratto collettivo nazionale di lavoro 5 dicembre 2012 per i lavoratori addetti all'industria metalmeccanica e alla installazione di impianti. In caso di aggiudicazione del servizio, oggetto del presente Capitolato, a soggetto diverso dall'attuale prestatore di servizi, il passaggio del personale dovrà avvenire in virtù di cessione del contratto individuale di lavoro con assicurazione della continuità giuridica e con la conseguente conservazione, da parte del predetto personale, delle medesime discipline economiche, normative e retributive anche per quanto attiene alla disciplina limitativa e sanzionatoria dei licenziamenti individuali e collettivi".

La clausola trascritta è chiarissima nell'individuare il CCNL applicato ai lavoratori oggetto della protezione nonché nel precisare l'obbligo della conservazione delle medesime discipline economiche, normative e retributive. La clausola sociale consente, bensì, una certa flessibilità all'imprenditore ma esclusivamente rispetto al numero dei lavoratori e alla qualifica degli stessi.

In sostanza la clausola sociale consente, previa dimostrazione di un diverso modello organizzativo, il mutamento della qualifica dei lavoratori e anche la possibilità di ridurre il numero, ma non consente in alcun modo il mutamento delle discipline giuridiche.

Ne consegue che la clausola sociale trascritta impedisce il mutamento del CCNL applicato.

E della circostanza che la portata della clausola sociale fosse tale ne è consapevole anche il controinteressato allorchè nelle proprie giustificazioni afferma: "il concorrente ha prediletto la scelta di mantenere tutto il personale in forza senza ridurre le ore di impiego e garantendo così il valore sociale dell'appalto tramite la conferma delle condizioni economiche e contrattuali" (doc n. 13 prod. Regione Liguria 19 aprile 2017 pag. 2).

L'aver applicato un CCNL diverso, in disparte la valutazione della pertinenza dello stesso alla tipologia delle prestazioni svolte dai lavoratori che non appare sindacabile dalla aggiudicataria, è contrario alla clausola sociale e non appare, pertanto, ammissibile.

Invero appare di tutta evidenza che, in assenza di apposita impugnazione, la clausola de qua impediva siffatta operazione, operazione che si traduce in un vulnus alla par condicio in quanto gli altri concorrenti in presenza di una clausola così chiara non hanno inteso cambiare il CCNL applicabile e conseguentemente hanno formulato offerte con un ribasso molto inferiore a quello dell'aggiudicataria.

Le giustificazioni dell'aggiudicatario, pertanto, e il provvedimento di aggiudicazione appaiono illegittimi per violazione della clausola di cui all'art. 5 del disciplinare.

A tal riguardo meritano un sintetica confutazione le eccezioni della Regione.

Si sostiene che la ricorrente non sarebbe legittimata a dolersi del mutamento del CCNL in quanto afferente alla posizione dei lavoratori e come tale azionabile esclusivamente da costoro. La tesi è destituita di fondamento sol che si consideri che l'applicazione di un diverso CCNL ha falsato completamente il procedimento di verifica dell'anomalia.

Si sostiene poi che la clausola sociale non sarebbe presidiata dalla sanzione espulsiva.

Anche tale prospettazione deve essere disattesa.

La violazione della clausola sociale ha avuto riflessi sul procedimento di verifica dell'anomalia onde sotto questo profilo l'applicazione della clausola sociale è invocabile da parte della ricorrente.

In conclusione il procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta appare viziato dalla violazione della clausola sociale.

Ne consegue l'annullamento degli atti impugnati a partire dalla verifica di anomalia.

In sede di rinnovazione dell'attività amministrativa a seguito della pronuncia giudiziale la Regione Liguria dovrà esaminare le giustificazione fornite dall'aggiudicataria applicando alla voce costo del lavoro il CCNL Metalmeccanici.

La domanda risarcitoria deve essere respinta atteso il difetto di prova del danno permanendo la ricorrente nella gestione del servizio.

Le spese seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla gli atti impugnati.

Condanna l'amministrazione resistente e la controinteressata, in solido tra loro al pagamento, in favore della ricorrente delle spese di giudizio che si liquidano in complessivi Euro. 5000, 00 (cinquemila/00) oltre IVA e CPA come per legge.

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