

N. 00272/2018REG.PROV.COLL.
N. 06116/2017 REG.RIC.

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente
SENTENZA

sul ricorso iscritto in appello al numero di registro generale 6116 del 2017,
proposto da:

L. C. s.r.l. e V. s.p.a., in persona dei rispettivi rappresentanti legali in carica,
rappresentate e difese dall'avvocato Michele Perrone, con domicilio eletto presso il
suo studio in Roma, via Barnaba Tortolini, n. 30;

contro

Comune di Genova, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentato e
difeso dagli avvocati Aurelio Domenico Masuelli e Gabriele Pafundi, con domicilio
eletto presso lo studio di quest'ultimo, in Roma, viale Giulio Cesare, n. 14;

nei confronti di

Società C. I. s.c. in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e
difesa dall'avvocato Eugenio Dalli Cardillo, domiciliato ex art. 25 c.p.a. presso la
Segreteria sezionale del Consiglio di Stato, in Roma, piazza Capo di Ferro, n. 13;
C. S. Società Cooperativa a r.l. onlus, in persona del legale rappresentante in carica,
non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Liguria, Sez. II, n. 00639/2017, resa tra le parti,
concernente la gara bandita dal Comune di Genova per l'affidamento del servizio
di ristorazione scolastica relativo al lotto (.....);

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Genova e della Società C. I. s.c.;

Visto l'appello incidentale proposto dal Comune di Genova;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 dicembre 2017 il Cons. Alessandro Maggio e uditi per le parti gli avvocati Michele Perrone, Gabriele Pafundi ed Eugenio Dalli Cardillo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il Comune di Genova ha indetto una procedura aperta, suddivisa in quattro lotti, per l'affidamento del servizio di ristorazione scolastica.

Per il lotto “(.....)”, si è classificato al primo posto il costituendo RTI tra L. C. s.r.l. (capogruppo) e la V. s.p.a., seguito dal costituendo RTI tra la C. I. s.c. e la V. P. coop. soc. a r.l. onlus.

La stazione appaltante ha, quindi, avviato il procedimento volto alla verifica di congruità dell'offerta del primo classificato e all'esito delle relative operazioni valutative ne ha disposto l'esclusione dalla gara per anomalia dell'offerta.

La commessa è stata conseguentemente aggiudicata al costituendo RTI tra C. I. e la V. P..

2. Avverso i suddetti provvedimenti di esclusione e di aggiudicazione le società L. C. e V. hanno proposto ricorso al TAR Liguria.

Nel giudizio si è costituita la C. I., proponendo ricorso incidentale escludente.

3. Con sentenza 21/7/2017, n. 639, l'adito tribunale, sez. II, ha accolto il ricorso incidentale e ha dichiarato improcedibile quello principale.

Il giudice di prime cure ha in particolare ritenuto che fosse fondato il primo motivo del ricorso incidentale col quale era stato dedotto che il raggruppamento

ricorrente in via principale avrebbe dovuto essere escluso dalla competizione per aver presentato un'offerta economica contrastante con la clausola sociale di cui agli artt. 335 del CCNL *“Aziende del Settore Turismo – Pubblici Esercizi”* e 21 del capitolato speciale d'appalto (C.S.A.).

Si afferma, infatti, nell'impugnata sentenza: *“Dagli atti di gara risulta che il RTI La Cascina/V. 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”.

4. Ritenendo la sentenza erronea e ingiusta le imprese L. C. e V. l'hanno appellata, chiedendone l'annullamento e domandando altresì il subentro nel contratto.

Per resistere all'appello si sono costituiti in giudizio la C. I. e il Comune di Genova, il quale ha anche proposto appello incidentale col quale ha censurato l'impugnata sentenza nella parte in cui ha affermato che il costituendo RTI capeggiato dalla società L. C. avrebbe inizialmente offerto di eseguire il servizio con 95 addetti.

Con successive memorie le parti hanno meglio illustrato le rispettive tesi difensive. Alla pubblica udienza del 19/12/2017 la causa è passata in decisione.

5. Col primo motivo le appellanti principali censurano l'impugnata sentenza nella parte in cui ha accolto il ricorso incidentale affermando che il costituendo RTI tra le stesse dovesse essere escluso dalla gara per non aver offerto di assumere tutti i lavoratori impiegati dal gestore precedente.

Secondo le appellanti sarebbe infatti erroneo il convincimento del giudice di prime cure ad avviso del quale i principi elaborati dalla giurisprudenza in materia di “clausola sociale” (secondo cui l’obbligo di riassorbimento dei lavoratori dovrebbe essere armonizzato e reso compatibile con l’organizzazione dell’impresa subentrante) sarebbero applicabili solo laddove tale clausola trovasse la propria unica fonte nella *lex specialis* della gara, non invece nei casi in cui la medesima prescrizione fosse già prevista nella contrattazione collettiva; in tale ipotesi, invero, “*la libertà di iniziativa economica dell’operatore intenzionato a partecipare alla gara ... non avrebbe margine per scelte organizzative differenti*”, in quanto “*Detta libertà sarebbe infatti suscettibile di esplicarsi (ed esaurirsi) in maniera piena proprio nell’ambito della normale dialettica della contrattazione collettiva*”; nel convincimento del tribunale gli artt. 30 e 50 del D. Lgs. 18/4/2016, n. 50, confermerebbero il diverso *modus operandi* della “clausola sociale” a seconda che la stessa sia prevista dalla contrattazione collettiva o soltanto dalla disciplina di gara e, poiché nella fattispecie l’obbligo di riassorbimento era previsto, oltre che dall’art. 21 del C.S.A., anche dall’art. 335 del CCNL “*Aziende del Settore Turismo – Pubblici Esercizi*”, il costituendo RTI con a capo la società L. C. avrebbe dovuto prevedere l’assunzione di tutti i dipendenti impiegati dal precedente gestore.

La riferita opzione ermeneutica, sempre secondo le appellanti, non sarebbe però condivisibile in quanto l’obbligo di riassorbimento dei lavoratori impiegati dall’appaltatore uscente, anche ove previsto dal CCNL, dovrebbe sempre essere armonizzato e reso compatibile con l’organizzazione dell’impresa subentrante.

La doglianza è fondata.

5.1. Secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, che la Sezione condivide, “*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 (cfr. Cons. Stato, III, n. 1255/2016; n. 5598/2015; vedi anche, IV, n. 2433/2016)” (così Cons. Stato, Sez. III, 5/5/2017, n. 2078).

La latitudine applicativa degli obblighi connessi alla c.d. “clausola sociale” come sopra delineata, confermata dalla giurisprudenza eurounitaria (si vedano Corte di Giustizia dell’Unione Europea 9/12/2004 in C-460/2002 e 14/7/2005 in C-386/2003) non varia, diversamente da quanto ritenuto dai giudici di prime cure, in ragione della fonte da cui la stessa trae origine (del resto la succitata sentenza Cons. Stato, Sez. III, n. 2078/2017, richiamata anche nella pronuncia qui gravata, è intervenuta proprio nell’ambito di una controversia nella quale era applicabile il menzionato art. 335 del CCNL “*Aziende del Settore Turismo – Pubblici Esercizi*”).

Invero l’obbligo di riassorbimento del personale impiegato dal precedente appaltatore va comunque armonizzato con l’organizzazione d’impresa prescelta dall’imprenditore subentrante, e ciò anche laddove tale obbligo sia previsto dalla contrattazione collettiva.

5.2. La distinzione operata dal giudice di prime cure non ha d’altra parte alcuna base normativa.

Nello specifico, nessun argomento a favore della tesi accolta nell'impugnata sentenza può trarsi dagli artt. 30 e 50 del D. Lgs. n. 50/2016.

A dire del TAR la prima norma (commi 3 e 4) si riferirebbe alle ipotesi in cui sussista un CCNL applicabile alla fattispecie considerata, mentre la seconda opererebbe in assenza di contrattazione collettiva o laddove tale contrattazione nulla disponesse in ordine alla promozione della stabilità occupazionale.

Ora, ammesso anche che tale fosse il significato da attribuire alle ricordate norme, resta il fatto che il diverso ambito operativo assegnato alle stesse non spiegherebbe, in assenza di sicuri elementi ermeneutici a cui ancorare l'interpretazione, il differente regime assegnato alla "clausola sociale" in dipendenza della fonte da cui la stessa trae origine.

Peraltro, la soluzione fatta propria dal giudice di prime cure non ha nemmeno un fondamento logico.

Infatti la libertà di iniziativa economica implica, di necessità, che a ciascun imprenditore sia consentito, nei limiti segnati dall'ordinamento, di organizzare la propria impresa come meglio ritiene e ciò si oppone ad un'interpretazione tale da compromettere la detta prerogativa e che privilegi una scelta fatta a monte, inevitabilmente generalizzata ed avulsa dal contesto specifico della singola organizzazione aziendale.

In definitiva la c.d. "clausola sociale", qualunque sia la fonte da cui derivi, dev'essere armonizzata con l'organizzazione aziendale dell'imprenditore subentrante.

Anche questa Sezione ha recentemente avuto modo di affermare che

"l'appaltatore subentrante deve prioritariamente assumere gli stessi addetti che operavano alle dipendenze dell'appaltatore uscente, a condizione che il loro numero e la loro qualifica siano armonizzabili con l'organizzazione d'impresa prescelta dall'imprenditore subentrante, mentre 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 (sul punto - ex plurimis -: Cons. Stato, IV, 2.12.2013, n. 5725).

È stato altresì osservato (che) la clausola sociale, perseguendo la prioritaria finalità di garantire la continuità dell'occupazione in favore dei medesimi lavoratori già impiegati dall'impresa uscente nell'esecuzione dell'appalto, risulta costituzionalmente legittima, quale forma di tutela occupazionale ed espressione del diritto al lavoro (art. 35 Cost.), se si contempera con l'organigramma dell'appaltatore subentrante e con le sue strategie aziendali, frutto, a loro volta, di quella libertà di impresa pure tutelata dall'art. 41 Cost. (ivi).

In una logica di contemperamento fra valori di rilievo costituzionale la compressione del diritto di libertà economica e di libera organizzazione imprenditoriale non può essere predicata in modo incondizionato, incontrando piuttosto specifici limiti nella compatibilità con le strategie aziendali dell'operatore subentrante e - più in generale - nell'identità di ratio e di oggetto di tutela.

Si intende con ciò affermare che supererebbe i limiti del richiamato bilanciamento di interessi (comportando un'ingiustificata compressione delle prerogative di cui all'articolo 41, Cost.) un'interpretazione tale da riconoscere l'incondizionata applicabilità della clausola sociale anche a fronte di appalti completamente diversi fra loro.

In tali ipotesi, la (pur fondamentale) finalità di tutelare il diritto costituzionalmente tutelato al lavoro (artt. 1, I, 4, I e 35, I, Cost.) finirebbe per comprimere i valori di cui all'articolo 41, Cost. in modo eccessivo rispetto a quanto ragionevolmente esigibile nei confronti dell'operatore economico il quale finirebbe per dover assumere obblighi sostanzialmente riconducibili alle politiche attive del lavoro e in modo potenzialmente del tutto svincolato dalle peculiarità - e dai vantaggi - connessi all'affidamento del singolo appalto” (così Cons. Stato, Sez. V, 28/8/2017, n. 4079).

5.3. Alla luce delle considerazioni più sopra svolte, la Sezione è dell'avviso che non sussisteva alcun onere di impugnare immediatamente la disposizione di gara stabilita dall'art. 21 del C.S.A., atteso che non vi erano ragioni per non interpretarla secondo il significato ad essa attribuito dalla consolidata giurisprudenza più sopra

richiamata e, quindi, in un senso non pregiudizievole per le odierne appellanti principali.

6. Occorre quindi passare all'esame delle censure, qui riproposte, prospettate in primo grado dalle società L. C. e V., che il TAR non ha esaminato in considerazione della dichiarata improcedibilità del ricorso principale.

6.1. Con il primo e il terzo motivo, che possono essere affrontati congiuntamente, le odierne appellanti principali lamentano che il contestato giudizio di anomalia risulterebbe inficiato dalla non corretta interpretazione della "clausola sociale" di cui ai citati artt. 335 del CCNL e 21 del C.S.A., interpretazione che avrebbe indotto la stazione appaltante a ritenere necessaria l'assunzione dei lavoratori utilizzati dall'appaltatore uscente, laddove, invece, il costituendo RTI fra le stesse aveva previsto l'impiego di 95 addetti (di cui 5 in subappalto), con una riduzione di personale, rispetto ai 107 dipendenti impiegati dal precedente gestore, giustificata da una diversa organizzazione aziendale.

6.2. Le due doglianze sono fondate.

Il costituendo RTI fra le odierne appellanti principali in sede di offerta aveva proposto di eseguire il servizio con 95 addetti. Ciò si ricava incontrovertibilmente dall'offerta tecnica, dove, a pag. 20, è riportata la tabella del personale da utilizzare.

Nel procedere alla verifica della congruità dell'offerta la stazione appaltante ha, invece, richiesto (si veda la nota 429681 del 23/12/2016) che fossero fornite giustificazioni in ordine al costo del lavoro tenendo conto, tra l'altro, "*dell'obbligo di osservare la clausola sociale contenuta nel capitolato speciale e del riferimento all'allegato 16 del C.S.A. (recante l'elenco del personale utilizzato dall'appaltatore uscente)*".

Solo nel fornire i domandati chiarimenti, il suddetto costituendo RTI ha rappresentato che avrebbe assunto sino a 101 lavoratori (ovvero tutti quelli impiegati dal precedente gestore ad eccezione del personale adibito a funzioni di coordinamento e controllo) senza pregiudicare la sostenibilità economica della proposta.

Tuttavia, come correttamente rilevato dalle odierne appellanti principali, la congruità dell'offerta si sarebbe dovuta valutare mantenendo fermo il dato concernente il numero di addetti indicato in sede di offerta, tale essendo al riguardo il contenuto vincolante e imprescindibile della proposta.

Ne deriva che il contestato giudizio di anomalia risulta viziato.

7. Dalle considerazioni sopra esposte in ordine al contenuto dell'offerta tecnica del costituendo RTI fra le appellanti principali discende *de plano* l'infondatezza dell'appello incidentale proposto dal Comune di Genova con cui si censura l'impugnata sentenza per aver affermato che l'offerta del medesimo costituendo RTI contemplasse l'assunzione di 95 lavoratori.

8. Vanno a questo punto affrontati i motivi del ricorso incidentale di primo grado non affrontati dal Tribunale amministrativo e riproposti dall'appellata con memoria depositata in data 4/9/2017.

8.1. Con una prima censura si lamenta che i chiarimenti forniti dal costituendo RTI tra le società L. C. e V., oltre a non superare la violazione dell'obbligo di riassorbire tutto il personale precedentemente impiegato nel servizio, risulterebbe in contrasto col divieto di modificare il contenuto dell'offerta.

La doglianza non merita accoglimento, atteso che, giusta quanto più sopra rilevato, la clausola sociale correttamente interpretata non imponeva la riassunzione di tutta la forza lavoro utilizzata dal gestore uscente.

8.2. Col secondo motivo la C. I. deduce che nelle giustificazioni presentate dal costituendo RTI primo classificato non vi sarebbe traccia né delle figure apicali indicate in offerta (Direttore di area, Quality manager, Tecnologo alimentare, Responsabile del servizio dietetico e Responsabile del servizio di prevenzione e protezione) e in particolare di quella relativa al Direttore di commessa, né del relativo costo.

Ciò avrebbe dovuto portare all'esclusione del suddetto concorrente per violazione dell'art. 26 del C.S.A. (stante l'omessa indicazione del Direttore di commessa) e,

comunque, per anomalia dell'offerta in conseguenza della mancata quantificazione del relativo costo pari a € 43.264,00 che non troverebbe capienza nell'utile d'impresa.

Il motivo è infondato.

In primo luogo l'offerta tecnica del costituendo RTI con a capo la società L. C. contempla espressamente il direttore di commessa e ciò è di per se solo sufficiente ad escludere la violazione dell'art. 26 del C.S.A.

Quanto alla mancata considerazione del costo di tale figura professionale (l'unico che può qui essere preso in considerazione non avendo l'appellata quantificato quello relativo alle ulteriori figure apicali sopra indicate) è sufficiente rilevare che l'offerta del costituendo RTI fra le appellanti principali era strutturata, come più sopra specificato, sulla base di una consistenza organica di 95 addetti ed è quindi in relazione a tale consistenza della forza lavoro che andava valutata la congruità dell'offerta.

Pertanto, stante la necessità di tener fermo il dato concernente il numero di addetti proposto, al fine di dimostrare il fondamento della propria censura l'appellata avrebbe dovuto fornire almeno un principio di prova circa l'insostenibilità di un costo di 43.264,00 euro ulteriore rispetto a quello dei 95 lavoratori da considerare. Senonché tale onere probatorio non è stato assolto e ciò comporta l'inaccogliabilità della doglianza.

8.3. La ricorrente incidentale di primo grado, odierna appellata, deduce, infine, che il costituendo RTI L. C./V. non avrebbe giustificato il costo del monte orario dedicato alla formazione del personale indicato nell'offerta tecnica (pari a complessivamente a 4253 ore): anzi in sede di chiarimenti avrebbe inammissibilmente ridotto il numero di ore (802) destinate a tale finalità.

In ogni caso, la maggior spesa da sostenere per la detta voce di costo avrebbe completamente eroso l'utile di impresa.

La censura è infondata.

Come emerge dalle deduzioni difensive delle appellanti principali (memoria datata 5/9/2017) le giustificazioni prodotte in sede di verifica di congruità hanno riguardato soltanto 802 ore, in quanto il costo del rimanente monte orario in parte è già incluso nel costo del lavoro alla voce formazione (625 ore obbligatorie) come risultante dalle apposite tabelle ministeriali, mentre per la restante parte è contemplato nella spesa indicata per singolo addetto, avendo il costituendo RTI fra le stesse previsto che la formazione si svolga durante l'orario di lavoro (si veda offerta tecnica pag. 43).

Con la memoria difensiva datata 1/12/2017 l'appellata obietta che nella propria offerta tecnica il costituendo RTI capeggiato dalla società L. C. non avrebbe specificato che parte delle 4253 ore dedicate alla formazione costituivano adempimento a obblighi di legge, per cui o l'offerta del detto concorrente deve considerarsi incongrua, o non può ritenersi tale, ma in questo caso sarebbe illegittima l'attribuzione dei 4 punti assegnati dalla Commissione aggiudicatrice per tale elemento di valutazione.

L'obiezione non merita condivisione.

Difatti, non occorre specificare nell'offerta che parte delle ore di formazione previste erano imposte dalla legge, trattandosi, per l'appunto, di obbligo legale.

Nella restante parte la censura è inammissibile in quanto introdotta per la prima volta in appello.

9. L'appello principale sotto il profilo impugnatorio va, in definitiva, accolto.

10. Non può, invece, essere accolta la domanda di subentro nel contratto.

Dall'accoglimento del ricorso di primo grado non discende, infatti, l'aggiudicazione dell'appalto in favore del costituendo RTI fra le appellanti principali, ma unicamente il dovere della stazione appaltante di ripetere la valutazione di anomalia dell'offerta del detto concorrente alla luce dei principi enunciati nella presente sentenza.

11. Restano assorbiti tutti gli argomenti di doglianza, motivi od eccezioni non espressamente esaminati che la Sezione ha ritenuto non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

Spese e onorari di giudizio del doppio grado di giudizio, liquidati come in dispositivo, seguono la soccombenza nei confronti del Comune di Genova, mentre possono essere compensati nei riguardi della C. I..

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello principale e su quello incidentale come in epigrafe proposti, accoglie il primo e per l'effetto, in riforma dell'impugnata sentenza, accoglie il ricorso principale di primo grado e conseguentemente annulla l'esclusione dalla gara del costituendo RTI L. C./V. e l'aggiudicazione in favore del costituendo RTI tra la C. I. e la C. S..

Respinge l'appello incidentale del Comune di Genova.

Condanna il Comune di Genova al pagamento delle spese processuali del doppio grado di giudizio in favore dell'appellante, che liquida forfettariamente in complessivi € 8.000/00 (ottomila), oltre accessori di legge (ivi compreso il rimborso del contributo unificato), disponendone, come da richiesta, la distrazione in favore del difensore dichiaratosi antistatario.

Compensa le dette spese nei confronti della C. I..

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 dicembre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Fabio Franconiero, Consigliere

Raffaele Prospero, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere, Estensore

Valerio Perotti, Consigliere

L'ESTENSORE
Alessandro Maggio

IL PRESIDENTE
Carlo Saltelli

IL SEGRETARIO