

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 757 del 2018, proposto da

L'Operosa soc. coop. a r.l. in proprio e nella qualità di Capogruppo Rti Consorzio Progetti Multiservizi – Consorzio Stabile, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dagli avvocati Daniele Cirulli, Silvia Marzot, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Daniele Cirulli in Roma, via Lucrezio Caro 50;

contro

Azienda Ospedaliera Universitaria Federico II di Napoli, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Claudio Fabricatore, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, piazza Capo di Ferro (c/o Segr. Cds;

nei confronti

Team Service Soc. Cons. a R.L., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Massimiliano Brugnoletti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Antonio Bertoloni n. 26/B;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. Campania – Napoli – Sezione II, n. 5607/2017, resa tra le parti, concernente la domanda di annullamento dell'esclusione della gara per l'affidamento del servizio di pulizia, detersione e disinfezione dei propri edifici per la durata di sei mesi.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Team Service Soc. Cons. A R.L. e di Azienda Ospedaliera Universitaria "Federico II" di Napoli;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 31 maggio 2018 il Cons. Raffaello Sestini e uditi per le parti gli avvocati Silvia Marzot, Patrizia Kivel Mazuy su delega di Claudio Fabricatore e Massimiliano Brugnoletti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1 – L'Operosa soc. coop. a r.l., in proprio e nella qualità di Capogruppo del RTI secondo classificato in una gara pubblica per l'affidamento del servizio semestrale di pulizie in locali ospedalieri bandito dall'Azienda Ospedaliera Universitaria Federico II, con importo a base d'asta di 4.780.000,00 Euro, appella la sentenza del TAR per la Campania, Sezione II, n. 5607/2017 (rito appalti ex art. 120 c.p.a.), che ha respinto il suo ricorso a seguito dell'esclusione sua e del primo classificato dall'aggiudicazione del lotto A (del valore di 2.230.000,00 Euro) con la conseguente aggiudicazione alla contro interessata terza classificata.

1.1 – In particolare, il TAR ha ritenuto tardiva l'impugnazione del bando (considerata l'univocità della previsione), infondata la censura di violazione dell'ordinamento nazionale e comunitario, stante l'espressa formulazione della clausola del bando quale condizione di partecipazione, e improcedibili, a seguito dell'esclusione, gli ulteriori motivi volti a far valer altri vizi della procedura di gara.

1.2 – A seguito dell'ordinanza cautelare negativa di questa Sezione (che ha ritenuto il bando "sufficientemente chiaro nel definire il dato numerico complessivo della cd clausola sociale"), l'Azienda Ospedaliera il 22 febbraio 2018 ha aggiudicato in via definitiva il servizio alla contro interessata.

2 – Osserva il Collegio che l'esclusione dell'appellante era stata motivata esclusivamente dal mancato rispetto della "clausola sociale" prevista dal bando, avendo la sua offerta previsto l'assunzione di 151 addetti alle pulizie, quando invece l'elenco allegato al bando comprendeva 153 addetti al servizio di pulizia, includendo due dirigenti coordinatori.

3 – Quindi, la possibilità ed i limiti dell'introduzione di "clausole sociali" nei bandi per appalti di servizi alla stregua dell'ordinamento nazionale e comunitario costituiscono il nodo giuridico che deve essere definito ai fini della decisione sui motivi dell'appello che vengono di seguito sintetizzati:

3.1 – errores in iudicando. Violazione dell'art. 11 del capitolato speciale e dell'art. 50 del d.lgs. n. 50/2016, in quanto il bando non sarebbe stato affatto univoco come invece affermato dal TAR, riferendosi "al personale (...) esclusivamente impiegato nel servizio di pulizia" lasciando intendere di imporre l'assorbimento dei soli 151 addetti al servizio di pulizia, e non anche dei 2 dirigenti coordinatori, in conformità alle previsioni del c.c.n.l. Multiservizi ed ai chiarimenti resi dalla stessa stazione appaltante circa la possibilità di procedure negoziate per temperare l'obbligo di assunzione con le mutate esigenze tecnico-organizzative dell'appalto. Ne discenderebbe l'effetto non immediatamente preclusivo della clausola in esame per la partecipazione alla gara da parte dell'appellante, che avrebbe maturato un interesse alla sua impugnativa solo all'atto della sua esclusione a seguito di un'errata lettura della clausola, con la conseguente tempestività, negata dal TAR, della sua impugnazione (in tal senso, si richiama Cons. Stato, Sez. VI, n. 510/2016; Sez. III, n. 491/2015; Sez. V, n. 5181/2015);

3.2 – errores in iudicando. Carezza d'istruttoria e violazione dell'art. 50 del d.lgs. n.50/2016, dell'art. 29 del d.lgs. n. 276/2003, dell'art. 2070 c.c., e dell' art. 41 Cost. che, secondo l'interpretazione data dalla giurisprudenza amministrativa (vengono richiamate, fra le altre, Cons. Stato, Sez. III, nn. 2637/2015, 4274/2015, 5598/2015, 1255/2016, 2078/2017), dalla Corte di Giustizia (vengono richiamate C-438/05, 341/05, 346/06, 319/06) e dall'ANAC (vengono richiamate le Linee guida del maggio 2018 ed i pareri nn. 41 del 2013, 40 del 2014, 1 del 2017) non potrebbero consentire clausole sociali comportanti l'automatica riassunzione di tutto il personale uscente senza ledere la libertà d'impresa e di concorrenza;

3.3 – errores in iudicando. Violazione degli artt. 97 ss. Del d.lgs. n. 50/2016; carezza d'istruttoria; disparità di trattamento, non avendo la stazione appaltante chiesto alcuna giustificazione prima di escludere l'appellante, che pure aveva dichiarato di voler impiegare ben 189 unità di personale: Al riguardo, inconferente sarebbe la circostanza addotta dal TAR per rigettare l'analogo motivo di ricorso in I grado, essendosi limitata la stazione appaltante ad una richiesta "standard" a tutte le imprese di giustificare il costo del lavoro, mentre per costante giurisprudenza amministrativa l'anomalia può essere valutata solo con riferimento alla complessiva serietà dell'offerta e non con riguardo a singole voci (citando Cons. Stato, Sez. III, nn. 726/2015, 6442/2012; Sez. IV, nn. 963/2015, 2956/2013; Sez. V, nn. 2063/2015);

3.4 – errores in iudicando. Violazione dell'art. 11 del capitolato speciale, sviamento ed eccesso di potere, non essendo in realtà la clausola sociale presidiata dalla sanzione espulsiva, e riguardando, anzi, la stessa la fase d'esecuzione e non quella di aggiudicazione (citando, a conferma, Cons. Stato. Sez. III, n. 4274/2015);

3.5 – L'appellante propone infine un ulteriore motivo riferito ad una diversa dedotta illegittimità: errores in procedendo e in iudicando, carenza di motivazione, errore di fatto e di diritto, sviamento, contraddittorietà e perplessità, violazione dell'art. 95 del d.lgs. n. 50/2017 e dell'art. 97 Cost. avendo il TAR dichiarato assorbita, a seguito della reiezione dei motivi concernenti la propria esclusione, l'ulteriore censura di I grado volta a far valere l'illegittima variazione dei criteri di calcolo del punteggio dopo l'apertura delle buste tecniche, censura che invece continuava a rivestire interesse per l'appellante, potendo condurre all'annullamento dell'intera gara.

3.6 – L'appellante conclude quindi per la riforma della sentenza di primo grado, con la conseguente aggiudicazione in suo favore (essendo stato il ricorso contro l'esclusione della prima classificata definitivamente respinto in I grado), ovvero, in via gradata, con l'annullamento dell'intera procedura di gara, ferma restando la richiesta di risarcimento del danno per equivalente.

4 – L'Azienda Ospedaliera Universitaria Federico II e la contro interessata Team Service Società Consortile a r.l. si sono costituite in appello, così come nel giudizio di I grado, per difendere le determinazioni dell'appellata sentenza del TAR, ed hanno eccepito la tardività dell'impugnazione della clausola del bando, già attestata del Tar nell'appellata sentenza, richiamando la giurisprudenza, anche di questa Sezione, secondo cui "il concorrente escluso in applicazione di una clausola del bando impeditiva della partecipazione alla gara è tenuto ad impugnare immediatamente la lex specialis, entro il termine dimidiato di decadenza, decorrente dalla sua applicazione" (Cons. Stato, Sez. III, n. 4389/2017).

4.1 – Con articolate ed argomentate memorie le stesse parti hanno, inoltre, contro-dedotto l'univocità, tassatività e palese efficacia escludente dell'art. 11 del Capitolato di gara che, dopo aver espressamente imposto "l'assorbimento del personale (...) esclusivamente impiegato nel Servizio di pulizia delle strutture dell'Azienda committente" (e quindi non dei soli addetti alle pulizie), riporta di seguito "l'elenco del personale utilizzato per l'appalto in essere, con l'indicazione della tipologia di contratto", e per il lotto A annovera 153 (e non 151) unità, ivi inclusi due responsabili di livello 5, di modo che correttamente il Tar ha evidenziato come "La clausola sociale è inequivoca nell'imporre l'assorbimento di tutte le unità di personale indicate nell'elenco suddetto" precludendo l'accoglimento del I, del II e del IV motivo d'appello.

4.2 A fronte della tassatività della predetta previsione, non tempestivamente impugnata, non potrebbero aver rilievo né l'invocato chiarimento della stazione appaltante, che comunque tocca solo indirettamente il problema, né il c.c.n.l. che impone la riassunzione per i soli addetti alle pulizie, avendo la stazione appaltante fatto applicazione della disposizione, applicabile pro tempore, di cui all'art. 50 d.lgs. n. 50/2017, secondo cui "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".

4.3 – L'esclusione dei 2 responsabili di V livello, non rimediabile mediante un'integrazione dell'offerta senza alterare la par condicio dei concorrenti, avrebbe inoltre alterato la congruità dell'offerta economica legittimando -ed anzi imponendo- l'esclusione, disposta dalla stazione appaltante solo dopo aver giudicato non congrui i richiesti chiarimenti circa il costo del lavoro "considerata la numerosità dei lavoratori riportata all'articolo 11 del Capitolato d'appalto".

4.4 – Le parti resistenti concludono, dunque, per l'inammissibilità ed infondatezza anche del III motivo d'appello, alla luce della giurisprudenza, anche di questa Sezione, circa l'insindacabile ambito di discrezionalità tecnica che caratterizzerebbe la complessiva verifica di anomalia (richiamando Cons. Stato, V, n. 1493/2018, e III, n. 2013/2018).

5 – A giudizio del Collegio l'appello è fondato e deve essere accolto.

5.1 – In primo luogo, l'impugnazione della lex specialis del bando risulta tempestiva, in quanto l'art. 11 del Capitolato di gara non poneva alcun requisito di partecipazione alla gara comportante l'esclusione automatica dell'appellante, né prevedeva requisiti soggettivi o situazioni di fatto incompatibili con effetto escludente (in tal senso, Cons. Stato, A.P. n. 1/2003), e neppure poneva "condizioni negoziali che configurano il rapporto contrattuale in termini di eccessiva onerosità e obiettiva non convenienza" (come indicato da Cons. Stato, Sez. III, n. 1809/2017 e dalla restante giurisprudenza citata dall'appellata sentenza del TAR) limitandosi, invece, a porre un obbligo (l'impegno alla riassunzione di tutti i 153 lavoratori) niente affatto univoco, e comunque di limitato impatto economico, rispetto all'altra possibile interpretazione della clausola (riassunzione "solo" di 151 lavoratori), discendendone la teorica possibilità, per la società appellante, di scegliere l'una o l'altra possibile interpretazione, e conseguendone quindi la posticipazione del momento lesivo all'effettiva esclusione, disposta dalla stazione appaltante solo a seguito dell'opzione infine esercitata, dall'impresa, nell'ambito della sua autonomia organizzativa e decisionale.

5.2 – Occorre, infatti, ricordare che, sia secondo la costante giurisprudenza della Corte di Giustizia, sia secondo la giurisprudenza amministrativa di gran lunga maggioritaria (le relative decisioni sono ampiamente citate dall'appellante e sono state sopra riportate), l'apposizione di una clausola sociale agli atti di una pubblica gara ai sensi della disposizione del Codice dei contratti pubblici (art. 50) applicabile pro tempore, è costituzionalmente e comunitariamente legittima solo se non comporta un indiscriminato e generalizzato dovere di assorbimento di tutto il personale utilizzato dall'impresa uscente, in violazione dei principi costituzionali e comunitari di libertà d'iniziativa economica e di concorrenza oltreché di buon andamento, e consente invece una ponderazione con il fabbisogno di personale per l'esecuzione del nuovo contratto e con le autonome scelte organizzative ed imprenditoriali del nuovo appaltatore.

5.3 – Ecco, allora, che l'art. 11 del Capitolato speciale, pur essendo "sufficientemente chiaro nel definire il dato numerico complessivo della cd clausola sociale" (così come osservato da questa

Sezione in sede di sommaria deliberazione), secondo la sua formulazione letterale lasciava spazio, in accordo con il principio di presunzione di legittimità, ad una possibile interpretazione costituzionalmente e comunitariamente orientata, in quanto imponeva “l’assorbimento del personale (...) esclusivamente impiegato nel Servizio di pulizia delle strutture dell’Azienda committente”, e poi riportava il relativo elenco, peraltro senza ribadire l’obbligo di assorbimento ed utilizzando una formula diversa (“elenco del personale utilizzato per l’appalto in essere, con l’indicazione della tipologia di contratto”), potendo generare un ragionevole convincimento circa la limitazione dell’obbligo, fra tutto il personale “utilizzato per l’appalto” ed indicato a fini conoscitivi, al solo personale “esclusivamente impiegato nel Servizio di pulizia”. In tale ipotesi, dunque, per dare all’articolo 11 un senso compiuto conforme alle previsioni comunitarie e costituzionali, si sarebbe dovuto concludere che l’obbligo riguardasse solo il personale “esclusivamente impiegato nel Servizio di pulizia” (e cioè gli addetti alle pulizie) con la conseguente esclusione, peraltro conforme al vigente c.c.n.l., dell’obbligo di assorbimento dei due responsabili di quinto livello.

5.4 – Peraltro, la stazione appaltante ha dato una diversa interpretazione dell’art. 11 (obbligo di automatico assorbimento di tutto il personale “utilizzato per l’appalto”) illegittima per la violazione dei ricordati principi di libertà d’iniziativa economica, di concorrenza e di buon andamento, oltreché contraddittoria rispetto alle posizioni assunte nei precedenti chiarimenti, in quanto impone l’automatica riassunzione anche dei quadri con funzioni direttive e di coordinamento senza lasciare alcun margine all’autonomia imprenditoriale del nuovo appaltatore. In ogni caso, l’ambiguità della clausola e l’incertezza circa la sua legittimità hanno indotto i concorrenti ad assumere “alla cieca” risposte differenziate al riguardo, alterando irrimediabilmente la loro parità di trattamento.

5.4 – Alla stregua delle pregresse considerazioni, l’appello deve essere accolto e, per l’effetto, l’intera procedura di gara deve essere annullata, conseguendone l’obbligo della stazione appaltante, che nelle more ha già affidato il servizio, di bandire senza indugio una nuova gara, conforme al diritto nazionale e comunitario sul punto in esame, per il successivo svolgimento del medesimo servizio.

6 – Le precedenti statuizioni esonerano il collegio dal decidere sui motivi d’appello riguardanti la procedura e la motivazione della disposta esclusione dell’appellante, che tuttavia risultano –osserva il Collegio incidenter tantum- comunque fondati, posto che l’esclusione è stata disposta per la violazione solo parziale (mancata riassunzione di poco più dell’1% del personale interessato) di una clausola priva di sanzione escludente espressa, e ciò avrebbe dovuto indurre ad una puntuale disamina della conformità, o meno, dell’offerta al bando alla stregua di un criterio di ragionevolezza e proporzionalità. L’esclusione, pur essendo stata disposta per la violazione del capitolato speciale, inoltre ha fatto seguito ad una istruttoria incongruamente volta ad accertare un eventuale anomalia dell’offerta economica, anomalia peraltro non dimostrata, avendo l’appellante previsto un numero di persone addette all’appalto maggiore rispetto a quanto previsto dalla clausola speciale.

6.1 – Analoghe considerazioni valgono per le ulteriori censure riguardanti l'attribuzione del punteggio tecnico alle offerte, travolte dall'annullamento dell'intera procedura di gara.

6.2 – Non può viceversa essere accolta, allo stato, la domanda dell'appellante di risarcimento per equivalente, non essendo strati forniti elementi conoscitivi, quanto meno indiziari, sia circa il danno effettivamente subito, sia circa il nesso eziologico con l'attività della stazione appaltante, sia circa la sussistenza di una colpa di quest'ultima nonostante l'oggettiva incertezza della materia.

6.3 La medesima situazione d'incertezza giustifica infine, a giudizio del Collegio, l'integrale compensazione delle spese dei due gradi di giudizio fra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie in parte e, per l'effetto, in riforma dell'appellata sentenza di I grado annulla la procedura di gara meglio evidenziata in premessa.

Compensa fra le parti le spese dei due gradi di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 31 maggio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Lanfranco Balucani, Presidente

Massimiliano Noccelli, Consigliere

Pierfrancesco Ungari, Consigliere

Giovanni Pescatore, Consigliere

Raffaello Sestini, Consigliere, Estensore